

EL MARGEN DE DEFERENCIA Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: UN
ANÁLISIS COMPARADO ENTRE IBEROAMÉRICA Y ESTADOS
UNIDOS

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad
Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela

Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y
Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña

Resumen: Desde una perspectiva comparada, una de las cuestiones claves en relación con la relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y el Poder Ejecutivo es el margen de deferencia, es decir, el espacio de decisiones de políticas públicas que el Ejecutivo requiere para llevar a cabo sus deberes constitucionales sin estar sujeto a una revisión judicial exhaustiva o a una revisión rigurosa. El margen de deferencia surge cuando la legislación confiere al Poder Ejecutivo competencias que se basan en reglas amplias y abiertas, como es el caso de la discrecionalidad. A diferencia del Derecho Administrativo de los Estados Unidos, el Derecho Administrativo Iberoamericano ha desarrollado un sistema que promueve el equilibrio entre el margen de deferencia y el control judicial, basado en principios generales que aseguran la sujeción de la actividad administrativa a la legalidad sin las limitaciones de una rígida concepción positivista de la Ley. El Derecho Administrativo de los Estados Unidos no tiene un sistema de este tipo y se basa en un precedente poco claro conocido como la *doctrina Chevron*, que actualmente está bajo escrutinio por parte de la Corte Suprema.

Palabras claves: contencioso administrativo, Administración Pública, margen de deferencia, discrecionalidad, Derecho Administrativo de los Estados Unidos, Derecho Administrativo Iberoamericano, principios generales, doctrina Chevron.

Abstract: From a comparative perspective, one of the key issues concerning the relationship between judicial review and the Executive is the margin of deference. This refers to the policy space that the Executive requires to carry out its constitutional duties without being subject to comprehensive judicial review or hard look. The margin of deference arises when the legislation vests in the Executive authority that is based on broad and open rules, for

instance, regarding discretion. In contrast to the U.S. Administrative Law, the Ibero-American Administrative Law has developed a system that promotes a balance between the margin of deference and the judicial review, based on general principles that ensure the legality without the constraints of a rigid positivist conception of the Law. The U.S. Administrative Law does not have such a system and relies on a somewhat obscure precedent known as the *Chevron doctrine*, which is currently under scrutiny by the Supreme Court.

Keywords: judicial review, Executive Power, margin of deference, discretion, U.S. Administrative Law, Ibero-American Administrative Law, general principles, Chevron doctrine

INTRODUCCIÓN

Uno de los componentes centrales del Estado de Derecho es el control judicial sobre los Poderes Públicos, esto es, los mecanismos de control jurisdiccionales a cargo de un órgano imparcial y autónomo, más allá de su inserción dentro del Poder Judicial. Este control es *judicial* no por cuanto es necesariamente ejercido por el Poder Judicial, sino por cuanto se basa en la solución de disputas por un órgano imparcial y autónomo. Pudiera así hablarse, en sentido general, de control jurisdiccional, incluyendo los modelos judicialistas y no judicialistas de control ejercidos por tribunales. Tal control, en términos generales, se ha dividido entre el control de constitucionalidad y el control a cargo de la justicia administrativa, o jurisdicción contencioso-administrativa¹. En todo caso, en este trabajo aludimos al control judicial para arropar a todos los mecanismos jurisdiccionales de control del Poder Legislativo y Ejecutivo ejercidos por tribunales autónomos e independientes, más allá de que se trate de controles judicialistas, o sea, insertos dentro del Poder Judicial.

El control judicial del Estado deriva del principio de separación de poderes y, por ello, encuentra su fundamento primero en la Revolución Americana del siglo XVIII, que influyó a la Revolución Hispanoamericana iniciada a partir de 1810. En especial, la figura del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), ha tenido un profundo

¹ Brewer-Carías, Allan, *Estado de derecho y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid, 1987, pp. 9 y ss.

impacto en el mundo iberoamericano². Mucho menor ha sido la influencia del Derecho de Estados Unidos en la justicia administrativa, vista la monumental preponderancia que ha tenido el modelo francés, al configurar una justicia administrativa especializada, o sea, la jurisdicción contencioso-administrativa. Más allá de las razones históricas que justificaron el origen de la así llamada jurisdicción delegada en el Consejo de Estado, lo cierto es que este modelo ha sido la referencia en el Derecho Administrativo Iberoamericano³.

En Estados Unidos, la justicia administrativa ha estado adversamente impactada por el precario desarrollo institucional del Derecho Administrativo. Así, fue tan solo avanzado el siglo XX que la doctrina, legislación y jurisprudencia comenzaron a interesarse por definir el marco jurídico del -así llamado- Estado administrativo, a resultas de la expansión de la intervención del Estado en el orden socioeconómico, durante las políticas del *New Deal*. Como resultado de esa precariedad institucional, no existe en Estados Unidos un sistema de Derecho Administrativo, ni tampoco una especial configuración de la justicia administrativa, que es ejercida por las cortes ordinarias, de acuerdo con el Derecho Procesal común. Lo verdaderamente importante no es la ausencia de tribunales especializados sino la ausencia de un sistema de Derecho Administrativo⁴.

Es esta precariedad institucional la que ha llevado al Derecho Administrativo de Estados Unidos, en el 2024, a lo que consideramos como una crisis constitucional, debido a las interpretaciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia orientadas a reducir -y eventualmente negar- el margen de deferencia de la Administración Pública -o agencias- frente al Poder Judicial. En contra, la justicia administrativa en Iberoamérica ha logrado diseñar un sistema que propende al balance entre la actividad administrativa y el control judicial, definido a través del margen de deferencia.

Este artículo presenta, desde el método comparado, el estudio del margen de deferencia en la justicia administrativa de Estados Unidos e

² Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789), y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana-Ediciones Olejnik, Santiago, 2019, pp. 77 y ss.

³ Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, pp. 40 y ss., y García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

⁴ Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1 y ss.

Iberoamérica. Este sentido, el margen de deferencia alude al espacio de decisión que recae de manera privativa en la Administración Pública, y respecto del cual el juez no puede sustituirse. Este margen es relativo, en el sentido que siempre hay elementos de la actividad administrativa que el juez puede -y debe- controlar. Pero hay un núcleo duro de opcionalidad en el cual la Administración puede definir el contenido o alcance de su decisión, esto es, puede diseñar e implementar opciones de políticas públicas. Tal núcleo no está, entonces, predeterminado en la Ley. Mientras que en el Derecho Administrativo Iberoamericano el margen de deferencia coincide con la teoría de la discrecionalidad, en Estados Unidos, coincide con la llamada doctrina Chevron.

A estos fines, y en *primer lugar*, se explicará la divergencia histórica en la formación del Derecho Administrativo en Estados Unidos e Iberoamérica, más allá de la influencia que el constitucionalismo del primero ha tenido en la región, en especial, en países como Argentina. A resultas de esta divergencia histórica, el Derecho Administrativo en Iberoamérica ha surgido como un sistema racional, que incluye el desarrollo institucional de la justicia administrativa. Tal sistema es, como tal, inexistente en Estados Unidos.

La *segunda parte* analiza comparadamente el margen de deferencia, contrastando las soluciones adoptadas en Iberoamérica con la precaria institucionalidad alcanzada en Estados Unidos y que hoy está en riesgo ante las interpretaciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia que podrían llevar a abrogar el único precedente que, hasta ahora, ha logrado cierto equilibrio entre la actividad administrativa y el control judicial.

I. LA DIVERGENCIA HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS

Los orígenes del Derecho Administrativo en Iberoamérica se remontan a los cambios constitucionales introducidos a ambos lados del Atlántico, basados en la supremacía de la Constitución; la separación de poderes; el reconocimiento de derechos inherentes a la persona humana y, como corolario, el diseño de mecanismos de control jurisdiccional sobre el Poder Legislativo y el Ejecutivo. Estos orígenes fueron notablemente influenciados

por la Revolución Americana, que a su vez se inspiró en las ideas de la Antigua Constitución Británica sistematizados por John Locke⁵.

Así, la idea del control judicial basado en reglas superiores del ordenamiento jurídico encuentra su origen en el caso *Bonham*, decidido en Inglaterra en 1610⁶. Estos principios fueron ampliamente difundidos en las Colonias, especialmente, desde inicios del siglo XVIII, como resultado de las decisiones tomadas por el Parlamento Británico para extraer ingresos de las Colonias y así, atender a los gastos derivados de la así llamada Guerra de los Siete Años⁷. Fue en este contexto cuando las Colonias comenzaron a defender la constitución, o sea, la norma suprema e inmutable que protege a la libertad, incluso, por medios jurídicos. Así, frente a las órdenes de requisición emitidas por el Gobierno (*writ of assitance*), en 1761 James Otis - en representación de diversos comerciantes- alegó ante la Corte Suprema de Massachusetts que toda ley emitida en contra de la constitución era nula, y que el derecho consuetudinario exigía controlar los actos del parlamento. A pesar de que la Corte decidió en contra, los alegatos de Otis influyeron notablemente en el pensamiento constitucional, especialmente en John Adams, quien estuvo presente en la audiencia. Según Adams, en ese momento nació el espíritu de la Independencia⁸.

Con lo cual, la idea del control judicial es un componente central del modelo constitucional perfeccionado con la Constitución de Estados Unidos

⁵ Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789), y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, cit.

⁶ Desde el Derecho Comparado, el control jurisdiccional de la constitucionalidad o “judicial review” comprende a todos los medios procesales a través de los cuales el Estado, por medio de órganos independientes, ejerce la función jurisdiccional para declarar violaciones a la Constitución y adoptar medidas de reparación. Salvando las diferencias de los diversos modelos, puede afirmarse que la jurisdicción constitucional garantiza, por medios jurídicos, la supremacía de la Constitución. Puede verse el trabajo clásico de Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, pp. 25 y ss. Los orígenes de tal control jurisdiccional suelen encontrarse en la “antigua Constitución Británica”, con el caso *Bonham*, decidido en 1610 por sir Edward Coke, y en especial, en la Revolución Gloriosa de 1688 y el pensamiento de Locke, que reconoció la vinculación del Poder Legislativo a la “Ley natural”. Estas ideas serían desarrolladas en Estados Unidos, con la “gran invención” de la Constitución escrita, y el reconocimiento de la potestad del Poder Judicial de desaplicar la Ley que viole la Constitución, entendida como la norma suprema, en el caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. El reconocimiento del control jurisdiccional de la Ley violatoria a la Constitución fue el principio con el cual Hans Kelsen propuso crear órganos especializados a cargo de anular la Ley violatoria a la Constitucional, lo que daría lugar a la proliferación de cortes constitucionales. Desde la perspectiva comparada puede verse a Stone Sweet, Alec, “Constitutional Courts”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 816 y ss.

⁷ Morgan, Edmund y Morgan, Helen, *The Stamp Act Crisis*, The Institute of Early American History and Culture at Williamsburg, The University of Carolina Press, Chapel Hill, 1953, pp. 119 y ss.

⁸ Bailyn, Bernard, *The ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1992, 176 y ss.

de 1789, que influyó al primer constitucionalismo iberoamericano⁹. Pero a partir de ese momento, y especialmente por lo que respecta a la justicia administrativa, Iberoamérica y Estados Unidos tomaron rumbos distintos. Así, mientras que el Derecho Administrativo en Iberoamérica se consolidó gradualmente en torno a un sistema racional orientado a procurar el equilibrio entre la actividad administrativa y la centralidad de las personas, el Derecho Administrativo en Estados Unidos nunca alcanzó tal grado de desarrollo sistemático, al punto que sus bases son bastante precarias.

1. *Del Derecho Administrativo de la Administración Pública al Derecho Administrativo de las agencias*

La principal diferencia entre el Derecho Administrativo en Iberoamérica y Estados Unidos es que mientras que el primero gira en torno a la Administración Pública, el segundo, como Bernard Schwartz explica, pivota en las agencias, esto es, las organizaciones administrativas que se integran al Poder Ejecutivo y actúan, en el ámbito federal, bajo la autoridad de la Presidencia¹⁰.

En Iberoamérica, el Derecho Administrativo es, en esencia, el Derecho de la Administración Pública, entendida en su doble dimensión de organización dentro del Poder Ejecutivo y actividad estatal¹¹. Con lo cual, el Derecho Administrativo cubre todos los aspectos de la Administración Pública, incluyendo su concepto, bases constitucionales, organización administrativa, régimen de recursos financieros, régimen de los empleados públicos, procedimiento administrativo, acto administrativo, contratos públicos, actividad administrativa y control judicial¹². El proceso de

⁹ Brewer-Carías, Allan, *El constitucionalismo hispanoamericano pre-gaditano 1811-1812*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 401 y ss.

¹⁰ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1984, pp. 2-3

¹¹ La más sencilla definición de Derecho Administrativo es, así, el Derecho de la Administración Pública. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo, Tomo I*, décima edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 27 y ss. Exponen los autores que “la más simple y tradición definición del Derecho administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública”. Asimismo, para la América española, vid. Marienfoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 41. De conformidad con este autor, “el objeto del derecho administrativo es la Administración Pública (...) de ahí que, antes de definir aquel derecho, resulte aceptable saber qué ha de entenderse por Administración Pública. Conocido el objeto del derecho administrativo, se verá luego en qué consiste éste. Es un plan lógico”.

¹² Hemos esbozado tan solo una lista no exhaustiva de la temática incluida en el Derecho Administrativo de Iberoamérica, en especial, en su llamada parte general. Véase, con mayor profundidad, a Brewer-Carías, Allan, “Sobre el concepto de Derecho Administrativo”, en Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime y

constitucionalización del Derecho Administrativo¹³ propendió a la definición del Derecho Administrativo a partir del concepto vicarial de Administración Pública, esto es, como la organización fiduciaria a cargo del servicio a los ciudadanos¹⁴. Especialmente en América Latina, esto ha llevado a definir a la Administración Pública desde el bien común¹⁵.

En esta evolución, el Derecho Administrativo en Iberoamérica se ha desarrollado como un sistema racional de reglas, principios y valores, que pivotan en torno a la idea de la Administración a cargo de la gestión concreta de los cometidos estatales. La configuración de este sistema racional ha permitido evitar el rigor del legiscentrismo, adoptando una visión más flexible en torno a los principios generales del Derecho Administrativo, en especial, con base en las ideas de Eduardo García de Enterría¹⁶, de gran influencia en América Latina¹⁷. Por ello, en esta región, como observó Jesús González Pérez, las Leyes de procedimiento son, básicamente, Leyes de principios generales¹⁸.

Como resultado de lo anterior, el principio de legalidad se define más bien como principio de juridicidad, o como sostiene la Constitución de España, el principio del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Bajo el paradigma de la buena administración -y de acuerdo con la Carta Iberoamericana que resume los principios generales en esta materia- este sometimiento no solo previene el abuso de poder sino que también emplaza a la Administración a actuar, en especial, en el contexto de su actividad prestacional impulsada por la cláusula del Estado Social y el reconocimiento derechos económicos y sociales. El resultado es la acumulación de diversas,

Rodríguez, Libardo (ed), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP, Madrid, 2015, pp. 41 y ss.

¹³ Montaña Plata, Alberto, "El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo", en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (ed), *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 14, pp. 63 y ss.

¹⁴ Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 34 y ss.

¹⁵ Cassagne, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal", en *El Derecho* N° 15.191, Buenos Aires, 2021, pp. 1 y ss.

¹⁶ "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública número 40*, Madrid, 1963, p. 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2016).

¹⁷ Rodríguez, Libardo, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en Brewer-Carías, Allan (ed), *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 37.

¹⁸ "Principios del procedimiento administrativo en América Latina", en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 203, pp. 1507 y ss.

complejas y cambiantes tareas que la Administración Pública debe cumplir, siempre, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico. Por ello, la actividad administrativa, en Iberoamérica, no es solo la ejecución de la Ley sino más bien, la gestión concreta de los cometidos estatales o, tanto mejor, la gestión concreta del bien común por medio de relaciones jurídico-administrativas centradas en la persona y sometidas a todo el ordenamiento jurídico. Esta imagen es reflejada, especialmente, en el artículo 138 de la Constitución de República Dominicana, uno de los más recientes ejemplos de la constitucionalización del Derecho Administrativo¹⁹.

La generalidad del estudio de la Administración Pública por el Derecho Administrativo ha reducido la importancia de la Administración Pública como objeto de las ciencias políticas y económicas. Así, el estudio de las ciencias de la Administración y la perspectiva de las políticas públicas ha cedido espacio por la juridificación de la Administración Pública. Por ello, su control judicial, aun cuando no es el único control aplicable, sí ha ocupado lugar central en el Derecho Administrativo Iberoamericano, el cual descansa, de esa manera, en la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰. El ya señalado proceso de constitucionalización ha favorecido la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa centrada en la revisión de legalidad del acto administrativo previo, a esa jurisdicción como cauce de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, a partir de un sistema abierto de pretensiones procesales administrativas, en especial, por influencia de Jesús González Pérez²¹.

La evolución del Derecho Administrativo en Estados Unidos tomó un rumbo muy distinto. Así, fue luego de la Guerra Civil (1861-1865) cuando convergieron las condiciones institucionales para promover la mayor cohesión económica y social en Estados Unidos, todo lo cual elevó las demandas hacia el Gobierno Federal. Fue en este contexto cuando, en 1887, el Congreso creó mediante Ley a la Comisión de Comercio Interestatal (ICC), y así, atender cometidos estatales que requerían de una organización

¹⁹ En general, vid. Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, "Introducción general sobre la buena administración en Iberoamérica", en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y Hernández G., José Ignacio, (ed), *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 35 y ss.

²⁰ Por ejemplo, vid, Figueiredo, Diogo, "Control de la actividad administrativa", en Delpiazco, Carlos (ed), *El control de la actividad administrativa. Colección de Derecho Administrativo Comparado. Volumen I. Volumen en homenaje al profesor Diogo de Figueiredo*, Editorial Temis-Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2018, pp. 71 y ss.

²¹ Tal y como ha explicado Urosa Maggi, Daniela, "La pretensión procesal administrativa", en *El contencioso administrativo hoy*, FUNEDA, 2004, pp. 103 y ss.

administrativa especializada, más allá de los Departamentos²². Este es el origen de las agencias, que es la organización administrativa central en Estados Unidos. Suele considerárseles como independientes, pues su organización es separada de la organización de los Departamentos -o Secretarías- dependientes de la Presidencia, aun cuando no en todos los casos ellas gozan de lo que se conoce como autonomía funcional²³.

La creación de la ICC en 1887, en todo caso, fue resultado de una línea jurisprudencial que, desde inicios del siglo XIX, interpretó el artículo 2 de la Constitución a los fines de considerar que el Congreso, mediante Ley, podía encomendar competencias a agencias para incidir en relaciones jurídico-administrativas. Esta línea de interpretación judicial es conocida como la *doctrina de la no-delegación de competencias del Congreso*, que en realidad no alude a la delegación de funciones legislativas como se entiende en Iberoamérica, sino a la creación, mediante Ley, de agencias que pueden ejercer potestades administrativas, todo lo cual requiere una adecuada habilitación legal²⁴. Lo que en el Derecho Constitucional y Administrativo se denomina “delegación”, no es otra cosa que la asignación, por Ley, de potestades a las agencias. La llamada doctrina de la no-delegación exige que esa atribución sea específica, lo que en un plano comparado coincide con el concepto de competencia como materia de la reserva legal, en el Derecho Iberoamericano²⁵.

Las agencias cobrarían importancia a inicios del siglo XX, como resultado del advenimiento del Estado Social, bajo la modalidad del Estado de Bienestar, en el marco de las políticas adoptadas en el marco del llamado *New Deal*. En efecto, la interpretación de la Constitución Económica se había inclinado a favor de la libertad de empresa, restringiendo los títulos de

²² Creada por la Ley de Comercio Interestatal. 24 Stat. 379 (1887). Vid. Cushman, Robert Eugen, *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, Oxford University Press, Oxford, 1941, pp. 37 y ss.

²³ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, cit., pp. 17 y ss.

²⁴ La doctrina de la no-delegación prohíbe al Congreso delegar la función legislativa en otros Poderes, pero ha sido interpretada a la asignación, por Ley, de competencias a las agencias para ejercer potestades administrativas, incluso, la potestad de dictar normas administrativas, o potestad reglamentaria. Ya a inicios del siglo XIX la Corte Suprema de Justicia había reconocido que la función normativa no era privativa del Congreso, en especial, en cuanto a las normas procesales que podían dictar las Cortes. Véase: *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1 (1825). Asimismo, a fines de ese siglo, ya se había aceptado que órganos administrativos ejercieran funciones que eran administrativas y judiciales, o sea, funciones cuasi-judiciales. Véase: *Orchard v. Alexander*, 157 U.S. 372 (1895). Cfr.: Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, cit., p. 21.

²⁵ Puede verse, desde el Derecho Comparado, Moreno Molina, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 30 y ss.

intervención del Estado, en lo que se conoció como la era *Lochner*²⁶. La Gran Depresión forzó a abandonar esta interpretación a favor de un rol mucho más activo del Estado, lo que se tradujo en Leyes que crearon agencias empoderándolas con amplias potestades para ordenar la economía por medio de reglamentos (*rulemaking*), así como imponer limitaciones en casos concretos (*adjudication*). En 1935 la Corte Suprema de Justicia consideró inconstitucional este tipo de Leyes, al considerar que la “delegación” de competencias colidía con la doctrina de la no-delegación²⁷. Este criterio fue más bien temporal, pues en 1937 la Corte abandonó esa posición, tolerando la creación, mediante Ley, de agencias a cargo de la ordenación y supervisión de determinado sector económico²⁸. A partir de allí, comenzaron a proliferar las agencias, en lo que se ha considerado como el moderno Estado administrativo²⁹. Con lo cual, en realidad, la llamada doctrina de la no-delegación solo fue aplicada entre 1935 y 1937.

La proliferación de las agencias se dio sin que existiese un régimen sustantivo de Derecho Administrativo, más allá de las Leyes (o estatutos) de creación de estas organizaciones. De esa manera, en 1903 -en la que es considerada la primera obra de Derecho Administrativo en Estados Unidos- Bruce Wyman observó que era notable que el Derecho Administrativo no hubiese sido concebido como una rama del Derecho Público en Estados Unidos, cuando forma parte del ordenamiento jurídico de todos los países de la Europa continental³⁰. Al siguiente año Goodnow³¹ observó que en Estados Unidos esta disciplina había sido largamente ignorada, cuestionando en todo caso la observación de Dicey en cuanto a la inexistencia del Derecho Administrativo en el Reino Unido y Estados Unidos³². Como observó Goodnow, en todo Estado hay Derecho

²⁶ En referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Cfr.: Gillman, Howard, *The Constitution Besieged. The rise and Demise of Lochner Era. Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993, pp. 45 y ss.

²⁷ *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)

²⁸ *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)

²⁹ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, pp. 24 y ss.

³⁰ Wyman, Bruce, *The Principles of the Administrative Law Governing the Relations of Public Officers*, Keefe-Davidson Co, St. Paul, 1903, pp. 2 y ss.

³¹ Frank Johnson, Goodnow, *Principles of the Administrative Law of the United States*, G.P. Putnam's Sons, New York, 1905, pp. 1-2.

³² Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, novena edición, MacMillan and Col, Limited, Londres, 1952, pp. 328 y ss

Administrativo, en tanto todo Estado requiere de la Administración Pública para la ejecución de las políticas públicas definidas por el Gobierno³³.

Fue Elihu Root uno de los primeros en llamar la atención sobre la necesidad de establecer un cuerpo jurídico especial para las agencias³⁴. Como Daniel Ernst ha estudiado³⁵, Ernest Freund continuó esta idea al sugerir enmarcar el incipiente Derecho Administrativo en Estados Unidos a través de la óptica del Estado de Derecho en Alemania, con el propósito de acotar la discrecionalidad de la Administración, en especial, por medio de principios generales aplicados en el marco del control judicial a través de cortes administrativas³⁶. Las “cortes administrativas” serían, así, cortes ubicadas dentro del Poder Judicial, pero con competencia solo para resolver disputas jurídico-administrativas. La creación de estas cortes especializadas, para Freund, permitiría la consolidación de una línea jurisprudencial igualmente especializada en torno a principios diseñados para las particularidades de las relaciones jurídico-administrativas, un objetivo que no podía lograrse en la medida en que esas relaciones quedasen sometidas al control de las cortes ordinarias en aplicación del derecho común.

La aplicación del modelo alemán se ajustaba al sistema judicialista imperante en Estados Unidos, mucho más que el modelo del Consejo de Estado de Francia. Además, y también a diferencia de Francia, el Derecho Administrativo en Alemania no se basaba en una distinción rígida entre el Derecho Público y el Privado. Este sistema de Derecho Administrativo, por

³³ *Principles of the Administrative Law of the United States*, pp. 4 y ss.

³⁴ Hay un cambio inevitable -escribió Root- derivado del advenimiento de un cuerpo de Derecho Administrativo, el cual ha modificado el modelo tradicional de cumplimiento de la Ley a través de los tribunales. El creciente cúmulo de tareas del Estado solo puede ser atendido mediante la delegación de funciones en empleados administrativos, todo lo cual requiere desarrollar un sistema de Derecho Administrativo, todavía incipiente. Vid.: Lodge, Henry Cabot, y Elihu Root, *Public Service by the Bar. Address Delivered before the Annual Meeting of the American Bar Association Held in Chicago, Ill., on May 30, 1916, by Hon. Elihu Root. Presented by Mr. Lodge. May 29, 1917. -- Referred to the Committee on Printing.* Vol. no. 43, 1917, Washington, DC., pp. 11 y ss. Véase el análisis de la posición de Root en Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise Volumen I*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 13 y ss.

³⁵ Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, cit, pp. 19 y ss.

³⁶ Freund, Ernest, “The Law of the Administration in America”, en *Political Science Quarterly* N° IX- 3, Universidad de Chicago, 1894, pp. 0_002 y ss. Algunos años después el autor comenzó a abordar sistemáticamente el estudio del Derecho Administrativo, con el propósito de fijar reglas y principios para resolver conflictos entre los poderes administrativos y los derechos individuales. Estas reglas y principios debían diferenciarse de aquellos que aplican a relaciones entre iguales, un objetivo que en Europa se había facilitado por el surgimiento de cortes administrativas especializadas, en contraposición al modelo del *Common Law* (Freund, Ernst, *Cases on Administrative Law*, West Publishing Company, St. Paul, 1911, pp. 1-3, así como *Administrative Powers over persons and property. A comparative Survey*, The University of Chicago Press, Chicago, 1928, pp. 71 y ss.).

medio de reglas y principios especiales, permitía acotar mejor la discrecionalidad administrativa, según la opinión de Freund. Junto a esta posición, Felix Frankfurter también propuso estudiar sistemáticamente el Derecho Administrativo, pero sin abogar por un cambio en el sistema del Common Law, y en especial, sin proponer remedios judiciales especiales. En su opinión, el sistema político de Estados Unidos permitiría crear controles sobre las agencias más allá de la revisión judicial³⁷.

La propuesta de Freund no prosperó y, como resultado, el control judicial de las agencias se sometió al derecho común. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia estableció una incipiente línea de interpretación orientada a ajustar los cauces procesales de derecho común a las peculiaridades de la actividad administrativa³⁸. Finalmente, en 1946 se dictó la Ley de Procedimiento Administrativo que intentó conciliar las críticas en contra de la expansión de la intervención administrativa en la economía, y la posición de quienes entendían que esa intervención era indispensable para acompañar las políticas de desarrollo³⁹. Por ello, esta Ley -a diferencia del modelo de Leyes de Procedimiento Administrativo en América Latina inspiradas en el Derecho Español⁴⁰- fue más allá del procedimiento administrativo, o sea, de la ordenación jurídica de los cauces por medio de los cuales la Administración Pública dicta actos administrativos. En

³⁷ El Derecho Administrativo se relaciona con el control legal sobre agencias que administran la Ley distinto a los controles judiciales, así como el ámbito de control judicial sobre esas agencias. La existencia de esas agencias era resultado de los cambios sociales que han empujado al reconocimiento de poderes administrativos discrecionales. La prevención del abuso de ese poder no puede depender solo del control judicial, sino de la profesionalización del servicio civil. Cfr.: Frankfurter, Felix, "The Task of Administrative Law", en *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 75, N° 7, 1927, pp. 614 y ss. Esta aproximación también está presente en Frankfurter, Felix, y J. Forrester Davison, *Cases and Other Materials on Administrative Law*, Commerce Clearing House, Inc., Looseleaf Service Division of the Corporation Trust Company, 1931, pp. 3 y ss. La necesidad de estudiar el Derecho Administrativo ante el surgimiento de las agencias, se hizo desde el modelo del *Common Law*, sin necesidad de apelar al modelo europeo continental, como Freund observó al escribir una reseña de esa obra (*Harvard Law Review* N° 46, 1932, pp. 167 y ss.).

³⁸ *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932). El poder de adjudicación debe conducirse mediante procedimientos participativos en el marco del debido proceso, alertando que la determinación de los hechos efectuada por el Poder Ejecutivo puede ser revisada judicialmente.

³⁹ Este rol de la Ley de Procedimiento Administrativo fue resumido por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950), p. 339. Vid. Hernández G., José Ignacio "La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina", en *Revista de Administración Pública* N° 215, Madrid, 2021, pp. 289 y ss.

⁴⁰ Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 35 y ss. Desde la visión de Estados Unidos, vid. Carbonell Porras, Eloísa, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 45 y ss.

realidad, esa Ley es la Ley de las agencias, y no solo de su procedimiento administrativo, pues lo cierto es que también estableció el marco jurídico del control judicial⁴¹.

La ausencia de cortes especializadas y de Leyes administrativas especiales, más allá de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha impedido la construcción de un sistema racional de Derecho Administrativo en Estados Unidos. En realidad, en ese país el Derecho Administrativo es, principalmente, el estudio de los estatutos que aplican a las agencias y a su actividad de regulación, todo lo cual hace que el método de interpretación por excelencia sea el exegético, en especial, a través del estudio de casos. Con lo cual, a pesar de que el Poder Judicial controla la actividad de las agencias, como modalidad del *judicial review*, ese control no ha derivado en un sistema racional, tal y como sucedió en el Derecho Administrativo Iberoamericano.

2. *La evolución del control judicial de la Administración Pública en Iberoamérica y el estancamiento de ese control en Estados Unidos*

Como veíamos, la sistematización del Derecho Administrativo en Iberoamérica, a partir de su constitucionalización, se ha apoyado en la justicia administrativa, concebida hoy día como un cauce procesal para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la actividad e inactividad administrativa y, con ello, controlar su conformidad con el ordenamiento jurídico. La justicia administrativa es no solo la principal garantía de ese sometimiento pleno, sino además, una de las principales fuentes de los principios generales del Derecho Administrativo que permiten adaptar el principio de legalidad a las cambiantes tareas que demanda la Administración. Así, como ha concluido Marta García Pérez, más allá de las diferencias en cuanto a la organización de la justicia administrativa en Iberoamérica, su rasgo común es su configuración constitucional como un cauce que permite la revisión de toda la actividad e inactividad administrativa en protección de las situaciones jurídico-subjetiva de las personas, todo lo cual se traduce en un catálogo amplio de pretensiones procesales⁴².

⁴¹ Walker, Christopher, "Modernizing the administrative procedure act", en *Administrative Law Review* N° 69, 2017, pp. 629 y ss. Walker considera a la Ley como "cuasi-constitucional", en el sentido que las bases del Derecho Administrativo se han establecido a través de su interpretación jurisprudencial.

⁴² "El proceso contencioso-administrativo", en *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, cit., pp. 377

La importancia de la justicia administrativa ha sido tal que el estudio del Derecho Administrativo -en temas tales y como el acto administrativo y sus vicios- ha sido impulsado a través del control judicial de la Administración Pública. Inicialmente, ello dio lugar a un modelo de corte objetivo y revisor, centrado en el dogma del acto administrativo previo. Pero paulatinamente este modelo evolucionó hacia un sistema abierto de pretensiones, sin afectar, en todo caso, la calidad y alcance del control a cargo de la justicia administrativa⁴³. Por ello, temas tales y como el control por exceso de poder terminan decantándose en el sistema contencioso administrativo⁴⁴.

La sistematización alcanzada a través de la justicia administrativa no depende de su organización, sino de la propia concepción del Derecho Administrativo. En Argentina, como explica Miriam Ivanega, no existe -a nivel federal- una legislación especial para la justicia administrativa. La Constitución, de acuerdo con el modelo de Estados Unidos, asigna el control judicial de la Administración Pública al Poder Judicial, esto es, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los jueces federales, siendo entonces que no existen tribunales con competencia especializada⁴⁵.

La existencia de cortes o tribunales especializados es, en todo caso, una cuestión de segundo orden, en el sentido que la distintividad del Derecho Administrativo en Iberoamérica radica en su concepción como el Derecho propio de la Administración Pública entendida como organización servicial, todo lo cual requiere de un régimen jurídico especial, dentro del cual se incluye el control judicial pleno de toda la actividad e inactividad administrativa. Por ello, tampoco resulta relevante la particularidad del modelo colombiano, que apartándose del modelo judicialista, asigna al Consejo de Estado el ejercicio primario de la jurisdicción contencioso-administrativa, como resultado de lo que Jaime Orlando Santofimio Gamboa

⁴³ Brewer-Carías, Allan, "Estudio preliminar sobre la justicia administrativa en Latinoamérica. Aproximación comparativa", en Brewer-Carías, Allan (ed.), *Leyes de lo contencioso administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 54 y ss. Por ejemplo, para el caso de Venezuela, vid. Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, "Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho venezolano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Administrativa* n° 1, 2018, pp.

⁴⁴ En Ecuador, vid. Molina Andrade, Wendy, "La evolución de las garantías jurídico-administrativas: procedimiento, control judicial y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Ecuador", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo* n° 1, Librería del BOE, Madrid, 2021, pp. 99 y ss.

⁴⁵ "Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina", en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y García Pérez, Marta (ed), *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 17 y ss.

califica como de implantación tardía en el Derecho Colombiano del sistema continental francés⁴⁶.

Es importante distinguir, en todo caso, el control contencioso administrativo de la figura de los llamados tribunales administrativos, esto es, órganos o entes que dentro del Poder Ejecutivo pueden ejercer la función jurisdiccional, pero que en cualquier caso, deben quedar sometidos al control jurisdiccional ulterior por parte del órgano a cargo del ejercicio de la justicia administrativa, que más allá de su configuración, siempre deberá ser un órgano independiente y autónomo⁴⁷. La independencia y autonomía de la jurisdicción contencioso-administrativa es la principal garantía que asegura la efectividad del control judicial de la Administración Pública derivada del principio de separación de poderes.

Un elemento de especial interés es que, a pesar de las peculiares condiciones históricas que en Francia justificaron el advenimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa del Consejo de Estado diferenciada de la jurisdicción común de los tribunales ordinarios⁴⁸, el modelo de Derecho Administrativo que forjó el Consejo de Estado ha tenido una impronta importante en Iberoamérica⁴⁹. Así, el Derecho Administrativo queda formado no solo por reglas sino en especial, principios generales determinados por la justicia administrativa a partir de las particularidades de la actividad administrativa⁵⁰.

Por ello, la evolución de la justicia administrativa de un modelo objetivo y revisor a un modelo amplio basado en la pluralidad de pretensiones procesales y la protección del derecho a la tutela judicial efectiva ha coadyuvado -y se ha visto influenciado- por la evolución del Derecho Administrativo hacia su progresiva constitucionalización basado en la centralidad de los derechos humanos. Sin duda, el rasgo común del Derecho Administrativo en Iberoamérica es el rol que cumple la buena administración, que no es la mera repetición de principios generales sino un

⁴⁶ *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado-Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2023, p .1.086

⁴⁷ Cassagne, Juan Carlos, "La justicia administrativa en Iberoamérica", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 1, Lima, 2006, pp. 13 y ss.

⁴⁸ Tal dualidad de jurisdicción -considerada como una cuestión desesperante- forzó al Consejo de Estado a crear un Derecho especial, distinto al Derecho Civil. Delvolvé, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 82.

⁴⁹ Béjar Rivera, Luis, "La justicia administrativa francesa y mexicana. Un análisis comparativo", en *La jurisdicción contencioso-administrativa en Iberoamérica*, cit. pp. 295 y ss.

⁵⁰ Brewer-Carías, Allan, *La justicia administrativa en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Ediciones Olejnik, Santiago, 2019, pp. 39 y ss.

cambio de paradigma, basado en la centralidad de la persona⁵¹. Precisamente, ese cambio de paradigma ha llevado a la evolución de la justicia administrativa como un sistema de Derecho Procesal Administrativo basado en pretensiones que, de manera especial, propenden a la sistematización de los principios generales del ordenamiento jurídico⁵².

Quizás la mayor impronta del Derecho Administrativo francés ha sido el proceso de determinación de principios generales, lo que ha sido fundamentalmente una labor de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, ante la necesidad de dirimir disputas basadas en un Derecho positivo que tiende a ser impreciso, visto el dinamismo del fenómeno administrativo, la justicia administrativa en Iberoamérica sistematiza principios generales del Derecho Administrativo que complementan a la Ley -aquí entendida en su sentido positivo de acto legislativo formal-. Así, por el ejemplo, a través del control judicial del acto administrativo se hilvanaron principios tales y como la motivación, los límites a la revocatoria del acto administrativo, la inderogabilidad singular de reglamentos y la irretroactividad del acto administrativo.

Esta labor de determinación de principios generales, y a diferencia de lo sucedido inicialmente en Francia, no partió de la rígida separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil. Carlos Delpiazzo ha resumido esta posición, recordando que en Uruguay la recepción de los principios generales encuentra sustento en el Código Civil⁵³:

“los principios generales de Derecho están reconocidos como fuente, tanto en el Derecho privado (respecto a todo «negocio civil», según dice el Código) cuanto en el Derecho público (respecto a los preceptos «que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen

⁵¹ Meilán Gil, José Luis, “El paradigma de la buena administración”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, Número 17, 2013, p. 239.

⁵² Se debe a Jesús González Pérez el impulso de la transformación del contencioso administrativo en Derecho Procesal Administrativo, como por lo demás quedó en evidencia en los artículos 1 y 3 del Código Procesal Administrativo para Iberoamérica, preparado en 2003. Cfr.: González Pérez, Jesús, “Código Procesal Administrativo. Modelo para Iberoamérica”, en *Revista de Administración Pública* n° 165, Madrid, 2004, pp. 381 y ss. Véase del autor, también, “Hacia un Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 123, Madrid, 2004, pp. 343 y ss.

⁵³ Delpiazzo, Carlos, *Derecho Administrativo. Volumen I*, Montevideo, 2020, p. 130. Del autor, en similar sentido, véase “Fuentes del Derecho Administrativo”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, cit., p. 125.

facultades e imponen deberes a las autoridades públicas», según la norma constitucional”

En todo caso, desde sus orígenes pretorianos en la jurisprudencia, estos principios han evolucionado hacia su codificación en las Leyes de procedimiento administrativo. Pero este proceso de codificación no elimina la labor interpretativa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal y como resume Jaime Orlando Santofimio, desde el Derecho Administrativo Colombiano⁵⁴, los principios generales del Derecho “*pueden o no estar contemplados en norma alguna*”. Esto incluso ha sido reconocido en Costa Rica, en tanto el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública reconoce el valor normativo supletorio de los principios generales (numeral 1), y que, en caso de lagunas legales, pueden incluso tener rango de Ley⁵⁵.

Mientras que en Iberoamérica el control judicial de la actividad administrativa facilitó la sistematización de principios generales ajustados al fenómeno administrativo, y que incluso han sido constitucionalizados como sucede en el artículo 138 de la Constitución de República Dominicana, en Estados Unidos, tal labor de sistematización no se ha desarrollado a plenitud, al prevalecer una interpretación exegética de los diferentes estatutos que aplican a las agencias, ello, a pesar de que la Ley de Procedimiento Administrativo es, también, una Ley de principios, incluso, para el control judicial.

En efecto, en el Derecho Constitucional de Estados Unidos, y a diferencia de Iberoamérica, no existe un principio de rango constitucional sobre la universalidad de control de la actividad administrativa. Más bien, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “*existe una fuerte presunción de que el Congreso tiene la intención de permitir la revisión judicial de la acción administrativa*”⁵⁶. La Ley de Procedimiento Administrativo, precisamente, define la competencia de las cortes para revisar la actividad administrativa, lo que deja a salvo disposiciones estatutarias que puedan modificar, o incluso eliminar, ese control judicial. En todo caso, como toda la Ley, este control judicial solo aplica a las agencias, y no a todo el Poder Ejecutivo.

⁵⁴ Orlando Santofimio, Jaime y Briceño, Andrés, “Panorama general del Derecho Administrativo en Colombia”, en González-Varas Ibáñez, Santiago (coordinador) y Brewer-Carías, Allan (ed), *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 249 y ss.

⁵⁵ Milano. Aldo, “El Derecho Administrativo Costarricense”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, cit., pp. 299 y ss.

⁵⁶ *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U.S. 667, 106 S.Ct. 2133, 90 L.Ed.2d 623.

Dentro de este límite, la Sección 702 reconoce el derecho a la revisión judicial por parte de toda persona “*que se vea afectada o agraviada negativamente por la acción de la agencia*”, lo que incluye cualquier tipo de pretensión, incluso de condena frente a omisiones o al pago de daños causados, en todo caso, dejando a salvo remedios judiciales especiales (Sección 704). Dentro de este ámbito específico, la Sección 705 delimita el alcance de la revisión, basada en la contrariedad a Derecho, esto es, la violación no solo de la Ley (o estatutos) sino de la Constitución. En concreto, el numeral 2 de esa Sección -sin duda, la norma más importante- permite a las cortes revisar todas las cuestiones de hecho y de Derecho para declarar la antijuridicidad de la actividad sujeta a control, incluso, en caso de decisiones que sean arbitrarias, caprichosas, que incurran en abuso de discreción o que no estén de acuerdo con la Ley⁵⁷.

Dejando a salvo la inexistencia de un control judicial universal, como puede apreciarse, existen importantes similitudes con la justicia administrativa en Iberoamérica, en el sentido que el control judicial se extiende a todo el ordenamiento jurídico, y en especial, a la discrecionalidad administrativa, incluso, por arbitrariedad. Sin embargo, la evolución institucional del Derecho Administrativo en Estados Unidos ha impedido que estos estándares de revisión sean interpretados de manera integral, considerando un sistema racional de reglas, valores y principios ajustados a la especificidad del fenómeno administrativo. Como resultado, los principios generales no ocupan un lugar central en el control judicial, ni siquiera, a los fines de dar contenido sustantivo al concepto de arbitrariedad. Además, la ausencia de tal visión sistemática se ha visto empañada por la crítica al moderno Estado administrativo que, como veremos, puede justificarse, precisamente, por la ausencia de la visión sistemática.

Como explicamos, el Estado administrativo no es más que la organización estatal en la cual el ordenamiento jurídico atribuye al Poder Ejecutivo tareas, como sucedió con la creación de las agencias y la teoría de la delegación⁵⁸. El moderno Estado administrativo, que comienza a surgir en 1937, se basó en esa misma estructura organizativa, pero con una importante diferencia: el número y funciones de las agencias comenzó a aumentar de manera vertiginosa, todo lo cual determinó el mayor protagonismo de la

⁵⁷ Véase Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise*, Volumen II, cit., pp. 975 y ss., y Volumen III, pp. 1.565 y ss.

⁵⁸ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, cit.

Administración Pública, como por lo demás ha sucedido en Iberoamérica en el marco del advenimiento del Estado Social⁵⁹.

Uno de los principales autores que ha cuestionado al moderno Estado administrativo es Hamburger, quien observó que la existencia de una amplia organización administrativa de agencias a cargo del proceso de toma de decisiones de políticas públicas que inciden en diversos ámbitos de la acción humana individual, no encuentra cobijo en la Constitución, que más bien concibió a un Poder Ejecutivo acotado. En especial, la amplia delegación del Congreso y el margen de deferencia frente al Poder Judicial, derivaron en una solución que se considera contraria al principio de separación de poderes. Así, las agencias, en el moderno Estado administrativo, concentran funciones no solo ejecutivas (el poder de adjudicación), sino también normativas e incluso, jurisdiccionales. Esto supone un atentado a los principios básicos de la Constitución, fundados en la estricta separación de poderes y en el imperio del Derecho aplicado por el Poder Judicial⁶⁰. Garry Lawson resume estas críticas concluyendo que el moderno Estado administrativo es inconstitucional⁶¹.

La crítica apunta, en el fondo, a una cuestión de interpretación constitucional, pues el moderno Estado administrativo no aparece expresamente recogido en la Constitución. Muy distinto es el caso de Iberoamérica, en el sentido que la constitucionalización del Derecho Administrativo ha derivado en el amplio reconocimiento de las bases y principios del Derecho Administrativo. Pero lo cierto es que, desde la interpretación literal, estas bases no pueden encontrarse en la Constitución de Estados Unidos.

Como Susan Rose-Ackerman ha observado desde una perspectiva comparada, el reconocimiento de poderes a la burocracia administrativa para diseñar e implementar políticas públicas, genera tensiones desde la perspectiva de la democracia constitucional, tomando en cuenta que los burócratas no son funcionarios de elección democrática directa, sino más bien indirecta, en tanto son designados por el Jefe de la Administración Pública, que en Estados Unidos y en América Latina corresponde a la

⁵⁹ Stewart, Richard, "Administrative law in the Twenty-First Century", en *New York University Law Review*, Volumen 79, Número 2, 2003, pp. 437 y ss.

⁶⁰ Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, Chicago, 2014, pp. 377 y ss.

⁶¹ Lawson, Gary S., "The Rise and Rise of the Administrative State", en *Harvard Law Review* N° 107, 1994, pp. 1231 y ss.

Presidencia⁶². Por ello, en los sistemas presidenciales el origen democrático directo del proceso de toma de decisiones se transforma, en tanto ese proceso es también encomendado a órganos y entes de la Administración Pública - las agencias- en lo que Guillermo O'Donnell llamó democracia delegativa⁶³.

Pero es éste un aspecto, si se quiere, de segundo orden. La legitimidad democrática del moderno Estado administrativo solo puede precisarse si antes se ha concluido que éste es una fórmula compatible con la Constitución. Y esta cuestión de interpretación constitucional, en Estados Unidos, depende de dos teorías: el originalismo y el constitucionalismo viviente⁶⁴.

En términos generales, el originalismo descansa en dos ideas centrales: (i) la Constitución debe interpretarse de acuerdo su sentido original y tradicional para el momento en que fue redactada y ratificada. Además, (ii) los actores constitucionales -incluyendo los jueces- están limitados a la interpretación constitucional basada en el sentido original, en especial, para la aplicación de la Constitución a casos concretos⁶⁵. Como Scalia explicó, el originalismo se contrapone a la interpretación basada en las opiniones de los jueces, en especial, pues el control judicial puede derivar en lo que conocemos como mutaciones constitucionales, en la medida que prevalezcan las preferencias personales de los jueces por sobre la Constitución⁶⁶. El control judicial debe quedar circunscrito al sentido original de la Constitución, entendida como la Ley suprema⁶⁷.

Los métodos no-originalistas de la Constitución justifican una interpretación que va más allá del sentido original, como, por ejemplo, sucede con la propuesta de Ronald Dworkin acerca de la interpretación moral de la Constitución⁶⁸. El principal método no-originalista es la

⁶² Rose-Ackerman, Susan, *Democracy and Executive Power. Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany, and France*, Yale University Press, 2021, pp. 1 y ss.

⁶³ O'Donnell, Guillermo, "Delegative Democracy", en *Journal of Democracy*, N° 1-5, 1994, pp. 55 y ss.

⁶⁴ Vermeule, Adrian, *Common good constitutionalism*, Polity, 2022, pp. 91 y ss. Véase especialmente a Sunstein, Cass, *How to Interpret the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2023, pp. 20 y ss.

⁶⁵ Solum, Lawrence B., "Originalism and Constitutional Construction", en *Fordham Law Review* N° 82, 2013, pp. 453 y ss.

⁶⁶ Scalia, Antonin, "Originalism: the lesser evil", *University of Cincinnati Law Review* N° 57(3), 1989, pp. 849 y ss.

⁶⁷ Scalia, Antonin, "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en Scalia, Antonin, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, New Jersey, 1997, pp. 3 y ss.

⁶⁸ Dworkin, Ronald, "The moral Reading of the Constitution", *The New York Review*, 21 de marzo de 1996. Como Dworkin observó, la propuesta de Scalia se basa en un textualismo en el cual la voluntad o la intención del constituyente no son aspectos relevantes, todo lo cual restringe la interpretación

interpretación viva de la Constitución de acuerdo con estándares de interpretación progresiva llamados a expandir la libertad individual frente a restricciones no solo jurídicas, sino incluso, morales⁶⁹. Así como las cortes del *common law* desarrollan un Derecho Consuetudinario cambiante, este método propugna la interpretación cambiante y dinámica de la Constitución⁷⁰.

Entre estas dos corrientes se ha debatido la interpretación constitucional del control judicial sobre el Estado administrativo. Mientras que el originalismo propende a ampliar ese control para respetar lo que se considera como la intención original del constituyente sobre la separación de poderes, el constitucionalismo viviente más bien apunta a la reducción de ese control, en defensa del rol del Estado administrativo promoviendo condiciones reales de igualdad. Al final, esas tendencias dependen de la Corte Suprema de Justicia o más bien, del voto de al menos cinco de sus nueve magistrados. Y lo cierto es que, a pesar de que desde 1937 la Corte consideró que el moderno Estado administrativo no es incompatible con la doctrina de la no delegación, nunca se ordenó un sistema racional que, como sucede en Iberoamérica, descansa en principios generales que aseguran la compatibilidad entre el control judicial -como medio de protección de derechos subjetivos- y las tareas del Estado administrativo.

Hay, entonces, un conflicto no resuelto, a saber, el equilibrio entre el moderno Estado administrativo y los principios del Estado de Derecho. Mientras que en Iberoamérica este equilibrio es resuelto por medio de un sistema racional que descansa en principios generales que previenen la arbitrariedad y al mismo tiempo emplazan a la Administración a actuar, en

constitucional, en especial, en lo que atañe a derechos constitucionales. Cfr.: "Comment", en *A matter of interpretation*, cit., pp. 115 y ss.

⁶⁹ La propuesta del constitucionalismo viviente sostiene que la interpretación constitucional debe ajustar la Constitución a los cambios sociales. El dinamismo constitucional se logra por la vía de la interpretación y no por enmiendas, a través del *common law*, o derecho consuetudinario, que antecede a la Constitución escrita. Por ello, la interpretación y aplicación de la Constitución por las cortes, permite su adaptación permanente por la vía del precedente. Vid.: Strauss, David, *The living constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 33 y ss. Véase también Strauss, David A., "Common Law Constitutional Interpretation", en *University of Chicago Law Review* N° 63, 1997, pp. 877 y ss. El originalismo y el textualismo se consideran técnicas inadecuadas para comprender el Derecho Constitucional, mientras que el Derecho Consuetudinario ofrece un método adecuado para ajustar la Constitución, sin modificar sus principios centrales (p. 879).

⁷⁰ Desde el Derecho Constitucional de Canadá, la tesis de Strauss ha sido asumida como parte del "árbol viviente del constitucionalismo" (*living tree constitutionalism*). Así, el constitucionalismo se asume como un sistema más amplio que la Constitución codificada, basado en principios y valores firmes, pero que permiten la evolución del Derecho Constitucional. Cfr.: Waluchow, W.J., "Democracy and the living tree constitution", en *Drake Law Review*, Volumen 59, 2011, pp. 1.007 y ss.

Estados Unidos la ausencia de un sistema ha atrofiado la evolución del Derecho Administrativo, llevándolo a una coyuntura en la cual la interpretación constitucional podría terminar desmontando los fundamentos del Estado administrativo.

II. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La distinta evolución institucional de la justicia administrativa en Iberoamérica y Estados Unidos ha llevado a la primera región a diseñar un robusto sistema que, al menos en teoría, resuelve adecuadamente el problema del margen de deferencia, que en realidad, no es otra cosa que la decisión sobre cómo distribuir el proceso de toma de decisiones entre la Administración Pública, el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Este sistema descansa en principios generales y, en especial, en la interdicción de la arbitrariedad, a los fines de lograr el balance entre la flexibilidad que requiere el moderno Estado administrativo y el control que debe existir sobre su actividad, no solo para prevenir el abuso de poder sino también, y en especial, la inactividad administrativa. Como resultado de ello, la Ley -en sentido positivo- no agota el principio de legalidad, que es más bien principio de juridicidad, especialmente, informado por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero tal sistema de principios no existe en Estados Unidos, como vimos, a pesar de que la Ley de Procedimiento Administrativo sí contempla estándares de revisión que parten del concepto de arbitrariedad. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en las Leyes de procedimiento de Iberoamérica, esta Ley no contiene ninguna fórmula precisa sobre los límites al poder discrecional, en un vacío que fue llenado por el que es, quizás, el precedente más importante del Derecho Administrativo de Estados Unidos, como es el caso Chevron⁷¹.

1. *La racionalidad del sistema iberoamericano sobre el control judicial de la discrecionalidad, y la precariedad del precedente Chevron en el Derecho Administrativo de Estados Unidos.*

⁷¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984), de 25 de junio de 1984.

Como Allan R. Brewer-Carías ha resumido, la evolución del Estado de Derecho puede medirse por el grado de avance del control judicial de la discrecionalidad administrativa⁷², como reacción a las inmunidades del poder, siguiendo muy de cerca la teoría desarrollada por Eduardo García de Enterría⁷³. En efecto, de la discrecionalidad como decisión política inmune al control judicial, se ha pasado a un concepto jurídico de discrecionalidad que preserva su existencia -esencial en el Estado administrativo- proscribiendo la arbitrariedad.

Esta evolución puede explicarse por varias etapas. La primera - importante al comparar el modelo de Estados Unidos- es la distinción entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, o lo que es igual, entre la discrecionalidad administrativa y la técnica⁷⁴. En la primera, la Ley otorga a la Administración Pública competencia para definir, en cada caso concreto, las políticas públicas adecuadas al interés general, todo lo cual implica el reconocimiento de diversas opciones -todas lícitas- que la Administración puede adoptar; en la segunda, la Ley asigna el ejercicio de competencias con base en conceptos de contenido técnico, y por ende, indeterminados en la Ley pero determinables por la Administración en cada caso concreto, de forma tal que solo hay una opción válida. En ambos casos, la Ley asigna competencias de manera no exhaustiva, lo que se traduce en el margen de apreciación por medio del cual la Administración ajusta su actividad a las particularidades del caso concreto⁷⁵.

Dentro de Iberoamérica, la llamada discrecionalidad técnica puede ser enfocada de dos maneras. Por un lado, la discrecionalidad técnica puede equipararse a la actividad reglada, en el sentido que la Administración solo puede escoger la opción prevista en la Ley, aun cuando para ello tenga que interpretar conceptos indeterminados. Como consecuencia, el juez contencioso administrativo podría sustituirse en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados⁷⁶. Por el otro lado, la discrecionalidad

⁷² Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, cit., pp. 77 y ss.

⁷³ “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública* n° 38, pp. 159 y ss. Luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2004).

⁷⁴ Sanz Rubiales, Iñigo, “El acto administrativo”, en Rodríguez-Arana, Jame y Rodríguez, Libardo, (ed), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Editorial Comares-INAP, Madrid, 2015, pp. 223 y ss.

⁷⁵ Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, Tomo I, Temis, Bogotá, p. 345.

⁷⁶ Allan R. Brewer-Carías, por ejemplo, estudia como un avance, la distinción entre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, en tanto éstos no confieren margen de

técnica puede interpretarse a los fines reconocer a la Administración un margen de deferencia en la interpretación técnica de la Ley. Este margen no descansa en la opcionalidad presente en la discrecionalidad administrativa, sino en la mejor capacidad de la Administración Pública para precisar conceptos indeterminados, en comparación con el juez. Ello puede ser común en el ámbito del Derecho Administrativo Económico, lo que podría llegar a reconocer cierta deferencia en la interpretación de estos conceptos, especialmente, cuando éstos otorguen un halo de incertidumbre, o sea, un espacio de toma de decisiones de políticas públicas que no pueden reducirse⁷⁷.

Salvando las diferentes aproximaciones en torno a la discrecionalidad técnica, lo cierto es que en el Derecho Administrativo Iberoamericano se aprecia una evolución, centrada en los derechos humanos, hacia el mayor control judicial, incluso, admitiéndose que en ciertos casos es posible reducir a cero la discrecionalidad, especialmente, por medio de la aplicación de principios generales que determinen la arbitrariedad de opciones discrecionales. Estos avances, en todo caso, parten de reconocer la necesidad de respetar la diferencia entre el ámbito de decisión administrativa y el ámbito de decisión judicial, en el sentido que la Administración Pública requiere, para el cumplimiento de sus cometidos, de un ámbito -mayor o menor- de apreciación discrecional para configurar en cada caso concreto la decisión que podrá adoptar. Como resume recientemente Mariano Bacigalupo, la función constitucional de la Administración -servir eficazmente los intereses generales- no puede cumplirse si la Ley “*programa exclusivamente a través de normas de programación condicional dotadas de una alta densidad normativa*” a la actividad administrativa. Como resultado, el control jurisdiccional debe ajustarse al “*margen de apreciación o de decisión*” que la Ley reconoce a la Administración, de lo cual resulta un control negativo, pues éste “*no tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico*”, para lo cual resultan fundamentales los principios generales⁷⁸.

apreciación alguna y, por ende, pueden ser controlados plenamente. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 222 y ss.

⁷⁷ Laguna de Paz, Juan Carlos, “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 186, Madrid, 2017, pp. 83 y ss.

⁷⁸ Bacigalupo, Mariano, “La vinculación de la Administración Pública a la Ley y al Derecho”, en Velasco Caballero, Francisco y Darnaculleta Gardella, Mercé (ed), *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 137 y 140.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, es la Administración - y no el juez- quien cuenta con la legitimidad y capacidad suficiente para determinar, en cada caso concreto, las políticas que mejor sirven al bien común, dentro del margen permitido por la Ley y siempre con sometimiento al Derecho y en especial, a los principios generales, como por ejemplo, realiza el artículo 3 de la Ley 107-13, que en República Dominicana rige a los “Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo”. Así, “*el principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales*”, como resume el capítulo segundo, sección cuarta, de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública⁷⁹.

En Estados Unidos, fue la jurisprudencia, y no la Ley de Procedimiento Administrativo, la que terminó definiendo el margen de deferencia en lo que se conoce como la doctrina Chevron, derivada de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1984⁸⁰. En resumen, la llamada doctrina Chevron parte de tres pasos⁸¹.

El *primer paso* parte de analizar si la Ley ha encomendado, a la agencia, la competencia para dictar reglamentos o adjudicar casos, esto es, si ha operado lo que se llama -impropiamente- la delegación. En términos más generales, la doctrina Chevron aplica cuando la Ley ha encomendado a las agencias el ejercicio de lo que se conoce, en Iberoamérica, como potestades administrativas.

El *segundo paso* supone determinar si la delegación -en realidad, asignación de la competencia por la Ley- se basa en conceptos jurídicos

⁷⁹ La acotación del margen de deferencia en los principios generales del Derecho Administrativo encuentra en la buena administración un apoyo importante, en tanto ésta realiza el control de la calidad de la actividad administrativa. Cfr.: Ponce Solé, Juli, “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 175, 2016, Madrid, pp. 57 y ss.

⁸⁰ En general, vid. Breyer, Stephan, *et al*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, pp. 287 y ss. En realidad, la interpretación tradicional es que tal doctrina se basa en dos pasos (los pasos dos y tres, en nuestra enumeración). Pero hemos incluido un paso previo, el llamado paso cero. Vid.: Sunstein, Cass “Chevron Step Zero”, en *Virginia Law Review* N° 2-92, 2016, p. 187.

⁸¹ Es importante observar que el sentido de esta sentencia no ha estado exento de debates, pues se sostiene que ella no quiso establecer una nueva doctrina sobre la deferencia, sino más bien aplicar los precedentes sobre la revisión judicial a casos especialmente complejos, como los ambientales. Cfr.: Lawson, Gary y Seidman, Guy, *Deference. Legal concept and the legal practice*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 28 y ss

precisos y definidos. En este supuesto, el control judicial es pleno, en el sentido que la corte podrá subsumir la decisión de la agencia en el Estatuto, para determinar la legalidad de esta decisión, en cuanto a sus fundamentos de Derecho. Aquí estamos ante un supuesto similar a lo que se conoce como potestad reglada en el Derecho Administrativo Iberoamericano.

El *tercer paso* aplica en casos de competencias asignadas de manera ambigua, o sea, cuando la Ley no define con claridad los conceptos que la agencia podrá concretar y determinar de acuerdo con su apreciación. En estos casos la corte no puede realizar una labor plena de subsunción entre la acción de la agencia y el estatuto, ante lo cual, aplica una regla de deferencia: la corte presumirá válida la interpretación de la agencia, si ésta es “permisible”⁸². Este criterio ha sido concretado al señalarse que la interpretación de los reglamentos administrativos, igualmente, debe presumirse válida, salvo cuando resulte evidentemente errónea o inconsistente con esa regulación, en lo que se conoce como la deferencia *Auer*⁸³. Este supuesto se aproxima a la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Iberoamericano.

En realidad, usualmente, esta doctrina es estudiada solo en atención a los últimos dos pasos, en lo que se conoce como los dos pasos de la doctrina *Chevron*, que más que pasos, son criterios para determinar el alcance del control judicial, en lo que respecta a los motivos de Derecho. De esa manera, (i) el control es pleno, si la Ley emplea conceptos determinados y precisos, y (ii) aplica el margen de deferencia, si la Ley emplea conceptos imprecisos o indeterminados, siempre y cuando la agencia haya realizado una interpretación permisible⁸⁴. Estas reglas solo aplican a las cuestiones de Derecho, pero no así a los motivos de hecho, pues aquí el control judicial siempre es pleno, como se definió en el caso *State Farm*⁸⁵.

⁸² Citando el caso *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974), la Corte concluyó que el poder de una agencia administrativa para gestionar las competencias y tareas asignadas por Ley requiere llenar los vacíos, implícitos o explícitos, dejados por la Ley, la cual puede -en consecuencia- delegar en la Administración Pública ciertas decisiones, en especial, a través de la potestad reglamentaria. En tal caso -concluyó la Corte- “un tribunal no puede sustituir su propia interpretación de una disposición legal por una interpretación razonable hecha por el administrador de una agencia” (página 467).

⁸³ *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997), de 19 de febrero, p. 461, citando el caso *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U. S. 410, 414 (1945).

⁸⁴ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, Harvard University Press, 2022, pp. 55 y ss.

⁸⁵ El control judicial ha sido considerado como “pleno” (“hard look”) en la revisión de los fundamentos de hecho del acto administrativo, especialmente, desde la perspectiva del procedimiento administrativo. Vid.: Breyer, Stephan, *et al*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problemas, Text, and cases*, cit., pp. 386 y ss. Por ello, se reconoce que el poder judicial puede revisar y anular actos que no se

Esta solución, desde el Derecho Administrativo Iberoamericano, no es irracional. Por el contrario, ella se aproxima al margen de deferencia reconocido en relación con la discrecionalidad administrativa y, en ciertos casos, con la discrecionalidad técnica, o sea, los conceptos jurídicos indeterminados. El margen de deferencia, por ende, implica que la corte solo puede revisar la interpretación de la agencia cuando ésta no es permisible. Aun cuando la Corte Suprema no definió qué es permisible, sí aludió a los estándares de revisión, ya citados, de la Sección 706. Así, la interpretación de las agencias debe presumirse válida, a menos que sean arbitrarias, caprichosas, o manifiestamente contrarias a la ley. Estos estándares son similares al principio de interdicción de la arbitrariedad, que, si bien permite el control de la discrecionalidad, también señala el límite de sustitución del juez en la discrecionalidad no arbitraria⁸⁶.

Pero mientras que en el Derecho Administrativo Iberoamericano el margen de deferencia responde a un sistema racional en el cual los principios generales cumplen un rol central, en Estados Unidos la doctrina Chevron luce más bien aislada, sin fundamentación clara en la Ley de Procedimiento Administrativo. En realidad, esta doctrina no devino de la propia sentencia de la Corte Suprema, sino más bien de su interpretación por las cortes inferiores, que encontraron en esta sentencia criterios para definir el ámbito del control judicial que había delimitado la Ley de Procedimiento Administrativo. En suma, las cortes -en especial, en Washington, D.C.- tomaron este precedente para poder fijar criterios necesarios para la revisión judicial de las complejas cuestiones a cargo de las agencias, como la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés)⁸⁷.

En la práctica, la doctrina Chevron ayudó a delimitar el ámbito del Estado administrativo frente al poder judicial, reconociendo que son las agencias, y no las cortes, a quienes corresponde tomar decisiones de política pública cuando la Ley ha dejado un vacío normativo. Este vacío, claro está, no responde a una deficiente técnica legislativa, sino al reconocimiento de la

apoyen en la evidencia recabada en el procedimiento administrativo (*Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998), de 26 de enero, p. 380). En especial, el estándar de arbitrariedad ha sido aplicado en casos en los cuales la Administración se ha basado en hechos distintos a aquellos que ha debido considerar, o cuando ha obviado hechos relevantes, adoptando una decisión que carece de respaldo en los hechos. En tales casos, el poder judicial no puede suplir esas deficiencias. Vid.: *Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983), de 24 de junio, p. 463

⁸⁶ Para una comparación entre la interdicción de arbitrariedad en Iberoamérica y el concepto de arbitrariness, vid. Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 45 y ss.

⁸⁷ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, cit., p. 83.

mejor posición de las agencias para definir aspectos complejos y técnicos, como la regulación ambiental. Por lo tanto, la relación entre el moderno Estado administrativo y el control judicial descansa en esta doctrina.

No es de extrañar, entonces, que las críticas al moderno Estado administrativo descansen, principalmente, en la doctrina Chevron⁸⁸. La doctrina Chevron es, por ello, el punto más álgido de la formación del moderno Estado administrativo, pues permite resolver la pregunta sobre quién decide. Así, esta doctrina reconoce al Estado el poder de regular la economía reduciendo el ámbito de decisiones del sector privado, y, además, reconoce poderes al Gobierno Federal respecto de los estados. Adicionalmente, dentro del Gobierno Federal, la doctrina reconoce que las agencias gozan de un grado limitado de inmunidad jurisdiccional, pues solo ellas pueden concretar, de manera permisible, conceptos jurídicos indeterminados en la Ley, muy en especial, en áreas como la regulación ambiental. Lo permisible, aquí, se asemeja al halo de incertidumbre.

Este advenimiento del moderno Estado administrativo, como ha observado Vermeule, fue resultado de las decisiones políticas adoptadas dentro del propio Gobierno, ante la necesidad de mejorar la eficiencia de las instituciones políticas que, ante la complejidad de las tareas que debían atenderse, optaron por encomendar a las agencias procesos de toma de decisiones en ámbitos propios, respecto de los cuales ni el Poder Legislativo y ni el Poder Judicial podrían decidir. Voluntariamente, el ámbito de la Ley se redujo a favor del moderno Estado administrativo. La Ley -no el Derecho- abdicó de su rol de programar exhaustivamente a la actividad del moderno Estado administrativo⁸⁹. Pero esta decisión no ha estado exenta de polémicas y, a inicios del siglo XXI, ha derivado en lo que podría ser considerada como una encrucijada.

2. *La teoría de la reserva legal en Iberoamérica y la creciente doctrina de las cuestiones mayores en Estados Unidos. ¿Hacia el fin del precedente Chevron?*

La potestad discrecional, en el Derecho Administrativo Iberoamericano, es siempre una potestad de origen legal y, por ende, subordinada a todo el ordenamiento jurídico. Con lo cual, la

⁸⁸ Véase, para una visión crítica, a Lawson, Gary y Stephen Kam, "Making Law out of nothing at all: the origins of the Chevron doctrine", en *Administrative Law Review* N° 65 (1), 2013, pp. 1 y ss.

⁸⁹ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, cit.

discrecionalidad se somete al principio de legalidad y su contracara, la reserva legal. De esa manera, de acuerdo con las bases constitucionales del Derecho Administrativo Iberoamericano, la reserva legal alude a las materias que, de acuerdo con la Constitución, deben ser adoptadas por el Legislador, como la restricción de derechos constitucionales⁹⁰. Esta fórmula impide a la Administración adoptar originalmente las decisiones de reserva legal, pero no impide su actividad subordinada a la Ley, incluso, para desarrollar ésta a través de la potestad reglamentaria, entendida como el complemento indispensable de la Ley, siguiendo a García de Enterría⁹¹.

En el Derecho Administrativo Económico queda en evidencia las tensiones entre la reserva legal y la actividad administrativa, pues la naturaleza técnica, dinámica y compleja de la economía impide al legislador agotar, exhaustivamente, el contenido de la limitación a la libertad de empresa. De allí que en materias de reserva legal la discrecionalidad y los conceptos jurídicos no están proscritos. En todo caso, no puede el Legislador abdicar de su deber de abordar las materias de la reserva legal, lo que suele estudiarse a través de la prohibición de deslegalización o de remisiones en blanco. La primera impide a la Ley modificar materias que, por Constitución, son de la reserva legal; la segunda, impide al Legislador empoderar amplia e ilimitadamente a la Administración, a través de lo que se conoce como cláusulas generales de apoderamiento⁹². Por ello, como ha observado Ricardo Rivero Ortega, el reglamento es una fuente principal del Derecho Administrativo Económico⁹³.

La jurisdicción contencioso-administrativa puede revisar no solo si la Administración ha invadido materias de la reserva legal, sino que, además -de acuerdo con el modelo de justicia constitucional aplicable- podrá incluso revisar la constitucionalidad de las Leyes que asignan potestades administrativas, declarando su inconstitucionalidad -vía control difuso- cuando incurran en deslegalización o remisiones en blanco. La actividad

⁹⁰ Casal, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Editorial Temis-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2020, pp. 266 y ss

⁹¹ García de Enterría, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 213 y ss.

⁹² Ciriano Vela. César, *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier administrativo, Barcelona, 2000, pp. 112 y ss.

⁹³ Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 103 y ss pp.

administrativa es contraria a Derecho, por ello, cuando la Administración se somete a una Ley inconstitucional por violación a la reserva legal⁹⁴.

Pero en todo caso, la reserva legal no impide al Legislador asignar a la Administración potestades discrecionales basadas en la selección entre distintas opciones de política pública. Muy en especial, tampoco impide acudir a conceptos jurídicos indeterminados. El reglamento no solo no se opone a la reserva legal, sino que la complementa en beneficio de la seguridad jurídica. En todo caso, el reglamento también queda sometido al control judicial -típicamente, de la justicia administrativa- a los fines de verificar su adecuación al principio de reserva legal y, además, su adecuación a los principios generales del Derecho derivados de la interdicción de la arbitrariedad⁹⁵.

Los principios generales del Derecho Administrativo permiten el control de la potestad reglamentaria más allá de la reserva legal, como parte de la construcción de un sistema racional. En Estados Unidos, sin embargo, la ausencia de tal sistematización limita la calidad del control judicial, muchas veces circunscrito solo a verificar la adecuación del reglamento -y en general, de la decisión de la agencia- con la Ley, lo que es en todo caso de especial importancia pues en el Derecho Constitucional de Estados Unidos, el Poder Ejecutivo no tiene asignada, por Constitución, la potestad reglamentaria, la cual debe ser conferida en cada caso por el estatuto, al definir el ámbito de competencias de la agencia⁹⁶.

⁹⁴ En general, vid. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "El Control de constitucionalidad por la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en *Derecho & Sociedad* n° 18, 2002, pp. 237 y ss.

⁹⁵ La pretensión de nulidad sobre reglamentos se somete a especiales reglas, vista la especial naturaleza de tal acto. Por ejemplo, vid. Teso Gamella, María Pilar, "La impugnación de los reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad", en *Revista de Administración Pública* n° 210, Madrid, 2019, pp. 69 y ss. En América Latina, hay sistemas (como El Salvador) que distribuyen la competencia para conocer de pretensiones de nulidad en contra de reglamentos según los vicios, de forma tal que la justicia administrativa solo conoce de vicios de legalidad. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *La justicia administrativa en América Latina*, cit., pp. 65 y ss.

⁹⁶ En efecto, la potestad reglamentaria -*rulemaking*- debe estar atribuida en cada caso por el estatuto a la agencia. En tal sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo define al reglamento como toda declaración de la agencia de aplicación general y efecto futuro diseñada para implementar, interpretar o prescribir una ley o política. La propia referencia a las políticas (policy) refleja que el reglamento no es solo ejecución material de la Ley. Cfr.: Kerwin, C. M. y Furlong Scott R., *Rulemaking : How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Thousand Oaks, California 2018, pp. 3 y ss. En todo caso, la Corte Suprema ha acotado que el poder de una agencia para dictar reglamentos en interés público siempre debe basarse en una disposición válida del Congreso, con lo cual, el control judicial debe cuidar de no extender el alcance de una ley más allá del punto donde el Congreso indicó que terminaría. Vid.: *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 151 (2000), p. 161.

En ausencia de un robusto sistema de principios generales, el juez no cuenta con adecuadas herramientas para controlar la contrariedad a Derecho más allá del respeto al principio de reserva legal. En tal sentido, para Richard Epstein, la solución dada en el caso Chevron es inconsistente con los principios del Estado de Derecho y además, es poco racional, pues mientras se fijan límites a la revisión de las cuestiones de Derecho, sí se reconocen plenos poderes para la revisión de las cuestiones de hecho. El cúmulo de tareas que concentran las agencias requiere, de acuerdo con este autor, un sistema más robusto de control judicial, en el cual las cortes puedan revisar, a plenitud, la actividad administrativa, sin tener que guardar deferencia cada vez que la Ley asigna una competencia con base en conceptos indeterminados⁹⁷.

Sunstein y Vermeule han propuesto acudir al concepto de moralidad interna del Derecho, para deducir del ordenamiento jurídico principios de moralidad del Derecho Administrativo, orientados a procurar la consistencia del Derecho Administrativo a pesar del poder de apreciación reconocido a las agencias⁹⁸. Tales principios permiten articular una posición intermedia frente a quienes cuestionan la concentración de funciones de las Administraciones Públicas como resultado de los cambios derivados del New Deal, o sea, el moderno Derecho Administrativo. Esta propuesta parte de reconocer la insuficiencia del Derecho Administrativo basado solo en precedentes jurisprudenciales que han interpretado la Ley de Procedimiento Administrativo. Frente a las críticas que sostienen la ilegalidad de ese Derecho Administrativo y del propio moderno Estado administrativo, Sunstein y Vermeule proponen fortalecer el Derecho Administrativo para adecuarlo a ese moderno Estado, a través de los principios de la moralidad del Derecho Administrativo⁹⁹:

“El centro de nuestra perspectiva es un conjunto de principios que están diseminados en diversos sistemas jurídicos, tanto así que ellos son usualmente analizados bajo la luz de la justicia natural, el debido proceso natural y otras formulaciones similares. En el sistema americano, ellos son comúnmente referidos -no sin cierta imprecisión- como inherentes a la noción

⁹⁷ Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law* *Modern Administrative Law*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2020, pp. 9-32.

⁹⁸ “The morality of Administrative Law”, *Harvard Law Review* n° 131, 2019. p. 1.928.

⁹⁹ *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, p. 8.

del debido proceso legal, a la tradición o a alguna fuente constitucional imprecisa.

Nosotros denominamos a esos principios la moralidad del Derecho Administrativo. Se presentan diversos ejemplos, pero solo para estimular la intuición, examinaremos principios como estos: las agencias deben seguir sus propias reglas; las normas reglamentarias retroactivas son desfavorables y deben limitarse para prevenir su abuso, y las declaraciones oficiales de las agencias sobre cuestiones de Derecho y de interés general deben ser congruentes con las reglas que las agencias aplican”

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo de Iberoamérica, la referencia a la “moralidad” puede resultar confusa¹⁰⁰. Apartando este aspecto, lo cierto es que tales principios de moralidad son, al menos, similares a los principios generales del Derecho Administrativo que, igualmente, procuran preservar la juridicidad de la actividad administrativa sin negar la flexibilidad que ésta necesita ante las profundas transformaciones del Derecho Administrativo durante el siglo XX¹⁰¹. Para Sunstein y Vermeule, estos principios permiten llenar el vacío que deja la doctrina Chevron, en el sentido que el margen de deferencia no opera cuando las agencias han violado estos principios, por ejemplo, cuando los reglamentos tienen efectos retroactivos.

Sin embargo, mientras que en el Derecho Administrativo de Iberoamérica los principios generales son un componente central del sistema de acuerdo con la dogmática jurídica¹⁰², en Estados Unidos la prevalencia de la interpretación exegética y positivista dificulta la labor del juez de extraer, del ordenamiento jurídico, principios que no están expresamente reconocidos, y que permiten -empleando la terminología iberoamericana- proscribir la arbitrariedad de las agencias, complementando así a la doctrina Chevron¹⁰³.

¹⁰⁰ Los autores toman el concepto de Fuller. L. Fuller (1964), *The morality of Law. Revised edition*, New Haven: Yale University Press (pág. 33). Existen traducciones al español de esta obra. Véase L. Fuller (2019), *La moral del Derecho*, Chile: Editorial Olejnk.

¹⁰¹ Stewart, Richard, “Administrative law in the Twenty-First Century”, cit.

¹⁰² Schmidt-Assmann, Eberhard, *La dogmática del Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, pp. 5 y ss.

¹⁰³ Martí Sánchez, Sylvia, “Las Agencias Administrativas en Estados Unidos: en la encrucijada de poderes”, en *Revista de las Cortes Generales* n° 67, 2006, pp. 97 y ss. y Pérez Alonso, Jorge, “Mutaciones jurisprudenciales en torno a la organización y control judicial de las agencias administrativas en Estados Unidos”, en *Revista de Administración Pública* n° 223, Madrid, 2024, pp. 277 y ss.

En tanto el problema de fondo es de interpretación constitucional -esto es, de interpretar a quién corresponde el proceso de toma de decisiones, según se trate del Estado administrativo o del Congreso- una reciente línea de interpretación de la Corte Suprema de Justicia se decanta a favor del Congreso, lo que eventualmente podría culminar con la revocatoria del precedente Chevron.

Esta línea inició con el caso *Alabama Association of Realtors*¹⁰⁴. En concreto, la Corte decidió si la competencia de la agencia cargo de la prevención de enfermedades infecciosas (Centers for Disease Control and Prevention), permitía imponer una moratoria al desalojo de inquilinos en el marco de la pandemia. Para ello, la Corte observó que si bien la Ley asignaba a la agencia una competencia residual para adoptar medidas orientadas a la prevención de la COVID-19, estas medidas estaban acotadas a medidas como inspecciones y fumigaciones, que previenen contagios interestatales. Las agencias solo pueden ejercer potestades de acuerdo con las habilitaciones claramente establecidas en la Ley, que deben ser de interpretación restrictiva, no expansiva. Bajo esta interpretación, y en sede cautelar, la Corte consideró que la agencia no tenía la competencia expresa de imponer una moratoria. Es el Congreso -no las agencias- quien debe decidir sobre las medidas coercitivas para proteger la salud durante la pandemia. Aquí, la Corte no reconoció ningún margen de deferencia para interpretar normas legales finalistas, incluso, si la interpretación es permisible.

En el caso *National Federation of Independent Business*¹⁰⁵, la Corte conoció acerca de la constitucionalidad de una orden de vacunación para los trabajadores, emitida por la agencia de salud ocupacional (la Occupational Safety and Health Administration, OSHA), de acuerdo con la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional. El punto para decidir -en vía cautelar- era si la agencia tenía la competencia para emitir esa orden, de acuerdo con la interpretación de la Ley. De acuerdo con la mayoría de la Corte:

“Las agencias administrativas son criaturas de la Ley. En consecuencia, solo poseen la autoridad que el Congreso les ha otorgado. El Secretario ha ordenado a 84 millones de estadounidenses que obtengan una vacuna contra el COVID-19 o se sometan a pruebas médicas semanales por cuenta propia. Este no es un “ejercicio cotidiano del poder federal”.

¹⁰⁴ 594 U. S. ____ (2021), decidido el 26 de agosto de 2021. Breyer, Sotomayor y Kagan disintieron.

¹⁰⁵ 595 U. S. ____ (2022), sentencia de 13 de enero de 2022. Breyer, Sotomayor y Kagan disintieron.

La Corte asumió un concepto restrictivo de la actividad administrativa como la ejecución de la Ley que, además, es de interpretación restrictiva, en este caso, considerando que la competencia de la agencia se limita a la prevención de riesgos ocupacionales, siendo que la pandemia no tiene tal naturaleza. Por lo tanto, se concluyó que la orden de vacunación excedía del ámbito de la competencia legal de la agencia, especialmente, considerando la doctrina de cuestiones mayores que limita el poder de las agencias en asuntos de trascendencia social, como luego ampliaremos. Gorsuch, Thomas y Alito, en el voto concurrente, recordaron que la pregunta central del Derecho Constitucional es quién decide, siendo que la respuesta es que el poder de decisión reside en el Congreso, o sea, en la centralidad de la Ley. Nótese como ambas interpretaciones -de la mayoría sentenciadora y de los magistrados disidentes- partieron de la primacía de la interpretación literal y exegética de la Ley. Los unos negaron que la exégesis de la Ley atribuyese la competencia en cuestión; los otros, afirmaron esa competencia. Pero en ningún caso se partió de una interpretación constitucional de la actividad administrativa más allá de la ejecución de la Ley.

Quizás el precedente más importante es *West Virginia*¹⁰⁶, en el cual la Corte aplicó los anteriores criterios, para interpretar restrictivamente la potestad normativa sobre gases de efecto invernadero de la agencia de protección del ambiente (EPA), con base en la Ley de Aire Limpio. Así, en 2015 la EPA había regulado la emisión de gases carbónicos de plantas de generación eléctrica, con límites de emisiones para escoger sistemas eficientes de emisión. Pero en 2019 la EPA derogó esas regulaciones, al considerar que ellas habían excedido del ámbito de la Ley. Frente a esta revocatoria, diversos estados presentaron una demanda que, en suma, fue conocida por la Corte Suprema.

Para resolver el caso, la Corte recordó que la determinación de los efectos legales de la Ley debe partir de su interpretación literal, para determinar si el Congreso empoderó a la agencia para el ejercicio de determinada potestad. Bajo la doctrina de las cuestiones mayores, en casos de gran trascendencia, se impone una exégesis más restrictiva de la Ley, considerando que es al Congreso a quien corresponde adoptar cuestiones políticas importantes, de forma tal que las agencias solo pueden ejercer las

¹⁰⁶ 597 U.S. ____ (2022), de 30 de junio de 2022. Los tres magistrados disidentes ya identificados, se separaron de la mayoría sentenciadora.

competencias que específicamente le han sido delegadas, todo ello, en el contexto de la separación de poderes.

Para la mayoría de la Corte, la EPA se excedió de su autoridad estatutaria al regular los sistemas más eficientes de generación eléctrica, pues esa decisión -según la doctrina de las cuestiones mayores- tiene implicaciones sociales y económicas trascendentes, de lo cual resulta que la adopción de estas decisiones debe recaer en el Congreso:

“Limitar las emisiones de dióxido de carbono a un nivel que obligue a una transición a nivel nacional para dejar de usar carbón para generar electricidad puede ser una *“solución sensata a la crisis actual”* (*Nueva York v. Estados Unidos*, 505 U. S. 144, 187 (1992)). Pero no es plausible que el Congreso le diera a la EPA la autoridad para adoptar por sí misma tal esquema regulatorio en la Sección 111(d). Una decisión de tal magnitud y consecuencia recae en el propio Congreso, o en una agencia que actúe de conformidad con una clara delegación de ese órgano representativo”.

Esta conclusión fue apoyada en la doctrina de las cuestiones mayores, de acuerdo con la cual la “delegación” del Congreso en materias de gran trascendencia nacional, debe ser clara. Este concepto había sido empleado, más bien de manera ocasional, en el caso *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Co.*¹⁰⁷, en el cual la Corte concluyó que en relación con cuestiones mayores -o sea, de gran trascendencia nacional- el Congreso es más propenso a efectuar una delegación restrictiva, en comparación con asuntos más cotidianos, lo que -como había observado Sunstein- podría reducir el ámbito de la doctrina *Chevron*¹⁰⁸.

Finalmente, la Corte volvió a aplicar la doctrina de las cuestiones mayores en el caso *Biden v. Nebraska*, para concluir que la condonación de préstamos federales a estudiantes, al ser una decisión de gran impacto en la economía, requiere de una norma legal expresa que empodere a la Administración a adoptar esta política de fomento -más allá del control presupuestario-¹⁰⁹. Lo peculiar es que la Corte aplicó esta doctrina a la actividad prestacional no coactiva de la Administración.

¹⁰⁷ 529 U.S. 120 (2000).

¹⁰⁸ Sunstein, Cass, “Chevron as Law”, *The Georgetown Law Journal* N° 107, 2019, p. 1.669.

¹⁰⁹ *Biden v. Nebraska*, ___ U.S. ___ (2023).

Así, y en resumen, la doctrina de las cuestiones mayores considera que en asuntos de gran trascendencia económica y social, las agencias solo pueden actuar si cuentan con una clara, expresa y directa habilitación legal, incluso, respecto de la actividad prestacional, todo lo cual esboza una suerte de vinculación positiva al estatuto, bajo la cual las agencias solo pueden actuar dentro del ámbito expreso de la Ley. Esta doctrina rige a cuestiones de Derecho, y por ende, tiene el mismo ámbito que la doctrina Chevron.

La doctrina de las cuestiones mayores ha generado un intenso debate académico, entre quienes consideran que esta doctrina es necesaria para acotar la dimensión del Estado administrativo¹¹⁰, hasta quienes señalan que, más allá de sus fundamentos, la doctrina es incompleta¹¹¹, y asume una interpretación en exceso restrictiva de la Ley¹¹². En tal sentido, es importante aclarar que esta doctrina se ocupa, en primer lugar, de la relación entre la Ley y las agencias, negando que aquélla pueda empoderar a éstas con base en criterios ambiguos e indeterminados en materias de gran impacto o trascendencia social, lo que quiere decir que, en estas materias, la habilitación legal debe ser expresa y clara. Indirectamente, ello niega cualquier margen de deferencia, pues como principio, en materias de trascendencia, la Ley no puede empoderar a las agencias con conceptos indeterminados, que es una de las condiciones para aplicar la doctrina Chevron. En el fondo, esto implicaría modificar las bases del Estado administrativo, reduciendo el alcance de las funciones de las agencias en favor de un mayor protagonismo del Congreso¹¹³.

Resalta, además, lo impreciso de esta doctrina, pues no queda claro qué son cuestiones mayores de Derecho y qué serían las cuestiones menores. Bajo el paradigma de la primacía del Poder Legislativo, la Corte Suprema podría ampliar el catálogo de las cuestiones consideradas mayores y así, eliminar todo margen de deferencia. Aun cuando se ha observado cierta similitud con la tesis de la reserva legal¹¹⁴, lo cierto es que la doctrina de la

¹¹⁰ Merrill Thomas W, "The Major Questions Doctrine: Right Diagnosis, Wrong Remedy, Stanford University", The Hoover Institution Center for Revitalizing American Institution, 2023, tomado de: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/4197

¹¹¹ Tamir, Oren, "Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 62, Forthcoming, tomado de: <https://ssrn.com/abstract=4422714> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4422714>

¹¹² Walker, Christopher J. "Responding to the New Major Questions Doctrine", en *Regulation* n° 23, 2023, pp. 26 y ss.

¹¹³ Sunstein, Cass, "Two Justifications for the Major Questions Doctrine", en *Florida Law Review* n° 76, 2024, pp. 251 y ss,

¹¹⁴ Tamir, Oren, "Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine", cit.

reserva legal -que circunscribe el ámbito de la Ley a decisiones esenciales así definidas en la Constitución- es mucho más precisa que la doctrina de las cuestiones mayores. Y, además, la reserva legal no se opone ni al margen de deferencia ni al rol complementario del reglamento, siendo que la doctrina de las cuestiones mayores exige una vinculación positiva de las agencias a la Ley¹¹⁵.

No es de extrañar que, durante el 2024, la Corte Suprema pueda revisar el precedente *Chevron*¹¹⁶. En realidad, la doctrina *Chevron* no tiene que ser revocada expresamente, en el sentido que la doctrina de las cuestiones mayores podría llevar a su irrelevancia práctica, en la medida en que las cortes federales consideren que las materias sobre las cuales operan las agencias -medio ambiente, sistema financiero, salud ocupacional- inciden en vastos aspectos de la vida económica y social. Con ello, se entenderá que las agencias solo pueden ejercer las competencias definidas de manera expresa y clara en el estatuto, todo lo cual eliminaría -en la práctica- cualquier tipo de discrecionalidad.

Sin embargo, como ha advertido Adrian Vermeule, revocar tal precedente no va a solucionar el problema de fondo, esto es, el dilema de la deferencia¹¹⁷. En términos prácticos, el Congreso no puede agotar exhaustivamente todas las decisiones que las agencias pueden adoptar, ni éstas pueden limitarse a ser meras criaturas del estatuto, emulando lo que en el Derecho Iberoamericano se conoce como la tesis de la vinculación positiva. Abrogar el precedente *Chevron* directamente, o desplazarlo a favor de la doctrina de las cuestiones mayores, no resuelve el problema de la deferencia que el Estado administrativo requiere para cumplir con eficiencia sus cometidos, lo que puede amenazar severamente su funcionamiento, en especial, si el control judicial despoja a las agencias de potestades administrativas, a favor de una programación exhaustiva de la actividad administrativa por el Congreso. No se pone en duda la necesidad y conveniencia del control judicial sobre el exceso de poder de las agencias, o sea, cuando éstas obran fuera del ámbito de competencias definido en la Ley.

¹¹⁵ Véase nuestro análisis “The Major Questions Doctrine and the Principle of Legal Reserve: A Comparison between the U.S. and Spain”, *Int’l J. Const. L. Blog*, 2023, tomado de: <http://www.iconnectblog.com/2023/04/the-major-questions-doctrine-and-the-principle-of-legal-reserve-a-comparison-between-the-us-and-spain/>

¹¹⁶ El caso en el cual podría revisarse ese precedente es *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, No. 22-415 (OT 2023).

¹¹⁷ Vermeule, Adrian, “The Deference Dilemma”, 2023, tomado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4594638

En una interpretación laxa de la doctrina de las cuestiones mayores¹¹⁸, el rol del juez sería extremar la interpretación restrictiva de las competencias que empoderan a las agencias a dictar reglamentos, en especial, de alcance normativo amplio¹¹⁹.

Pero no parece ser ése el sentido de la interpretación de la Corte, que más pareciera considerar inconstitucional toda competencia asignada a las agencias en materias de vasto interés económico y social que permita valoraciones discrecionales o emplee conceptos indeterminados, tanto más si las agencias son criaturas de la Ley, o sea, que su actividad se circunscribe a la ejecución positiva y automática de la Ley. Esta aproximación de la doctrina de las cuestiones mayores, y la posibilidad de desconocer -de manera expresa o implícita- el margen de deferencia, refleja la inmadurez institucional del Derecho Administrativo de Estados Unidos y, por ende, la inmadurez de su justicia administrativa. Aludimos a inmadurez para describir -como hace tiempo observó con agudeza Eduardo García de Enterría¹²⁰- que el desarrollo del Derecho Administrativo no ha estado acompañado de la construcción de un sistema racional que conciba a la Administración Pública -y no ya solo a las agencias- como una organización fiduciaria que, por Constitución, tiene a su cargo la gestión concreta de los cometidos estatales. En realidad, el Estado administrativo se formó a la sombra del principio de la no delegación, lo que niega todo contenido distintivo a la actividad de las agencias, que es así, tan solo, una actividad delegada por el Legislador (no por ello, aclaramos, de rango legal).

En este sistema tan precario, las cortes no tienen herramientas para revisar la actividad de las agencias más allá de la dicotomía entre la actividad que ejecuta el estatuto, o la actividad que viola al estatuto. No hay, así, un término medio -zona gris, o halo de incertidumbre- en la cual el estatuto ceda espacio a las funciones propias de las agencias que, en cualquier caso,

¹¹⁸ Sunstein, Cass, "There are two major questions doctrines", 11 de abril de 2020.

¹¹⁹ En una democracia, ha señalado la Corte Suprema, el poder de dictar la ley recae en aquellos elegidos por el pueblo, a resultas de lo cual la Ley debe interpretarse en sentido restrictivo de acuerdo con su interpretación literal y racional, a los fines de determinar el alcance de las potestades de las agencias. Potestades reglamentarias muy amplias deben ser resultado de habilitaciones claras en la Ley, lo que responde a una interpretación más laxa de la doctrina de las cuestiones mayores. Vid.: *King v. Burwell*, 576 U.S. 473 (2015). Desde el punto de vista comparado, vid. Vázquez Alonso, Víctor Javier, "Deferencia judicial hacia las agencias federales y deferencia hacia el legislador: La interpretación de la ley defectuosa y el principio democrático en la sentencia *King v. Burwell*", en *Revista general de derecho constitucional* n° 26, 2018.

¹²⁰ <García de Enterría, Eduardo, "Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva sistematización del mismo", en *Revista de Administración Pública* N° 85, 1978, pp. 241 y ss.

siempre se someten a todo el ordenamiento jurídico y, en especial, a los principios generales. En otros términos, el Derecho Administrativo de Estados Unidos no facilita un sistema en el cual la actividad de las agencias no esté predeterminada por el estatuto, pero sí sujeta a principios y

CONCLUSIONES

En el Derecho Administrativo Iberoamericano, la relevancia del Poder Legislativo como representante de la soberanía popular, le permite definir las reglas de juego y el proceso de toma de decisiones dentro del Estado, en especial, definiendo los ámbitos del Poder Ejecutivo y Judicial y, por ende, delimitando espacios decisorios, especialmente, en el ámbito administrativo, lo que pasa no solo por delimitar el “espacio global de decisión” de la Administración sino, en especial, deslindando ese espacio del propio de los tribunales, siempre y en todo caso actuando con sometimiento pleno a la Ley, lo que en materias de la reserva legal -como sucede con la atribución de potestades para limitar derechos- requiere de una cobertura legal adecuada¹²¹. Esta distribución de espacios de decisiones, con base en el principio de separación de poderes, considera que el Poder Ejecutivo tiene un ámbito propio de funciones, relacionadas con el servicio efectivo a las personas o al bien común¹²².

La constitucionalización del Derecho Administrativo permite así reconocer que, dentro del Poder Ejecutivo, la Administración Pública cuenta con funciones propias y oponibles al Poder Judicial y Legislativo, pues solo la Administración puede servir a las personas, todo lo cual impide al resto de Poderes invadir esta función. Por ello, en la distinción entre potestades regladas y discrecionales -que en la práctica, no es una distinción rígida, pues la actividad administrativa tiene elementos de una y otra- debe ser interpretada en función a la separación de poderes y, por ende, desde el reconocimiento de un ámbito esencialmente administrativo en el que solo la Administración Pública puede actuar, y que se traduce, precisamente, en el margen de deferencia. Este margen no es, entonces, una excepción al principio de separación de poderes sino más bien una consecuencia de ese principio que impide a la jurisdicción contencioso-administrativa adoptar

¹²¹ Doménech Pascual, Gabriel, “El juego del legislador, la Administración y el Juez”, en Rodríguez de Santiago, José María et al (ed), *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 861 y ss.

¹²² Montaña Plana, Antonio, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 23 y ss.

decisiones puramente administrativas, o sea, aquellas respecto de las cuales la Ley ha encomendado un margen de apreciación que concede un halo de incertidumbre, que en el espacio de lo no arbitrario, puede resultar en diversas decisiones de política pública.

La extensión del margen de deferencia y, por ende, los límites entre el ámbito de la Administración Pública y el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, no es una cuestión exenta de debates¹²³. Pero lo cierto es que el Derecho Administrativo Iberoamericano se ha esforzado por evitar dos extremos, como son la inmunidad de poderes o la sumisión plena al control judicial. El balance se ha logrado por medio de la sistemática aplicación de principios generales que propenden a proscribir la arbitrariedad de la Administración por el juez, especialmente en los ámbitos no predeterminados por la Ley¹²⁴.

El Derecho Administrativo en Estados Unidos, que no tiene la madurez del Derecho Administrativo Iberoamericano, no tiene elementos dogmáticos para operar en los espacios no predeterminados por la Ley, más allá de la doctrina Chevron, que delimita el espacio entre las agencias y los jueces de acuerdo con la interpretación permisible de la discrecionalidad reconocida en el estatuto. Dentro del halo de permisibilidad, las agencias cuentan con un margen de deferencia que no puede ser sustituido por el juez. Pero no hay, en todo caso, criterios claros y predefinidos para diferenciar lo permisible -ámbito administrativo- de lo que no lo es -ámbito judicial-¹²⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha pretendido solucionar el problema de la deferencia negando ésta en la interpretación de cuestiones mayores de Derecho, pero el resultado es tanto más imperfecto que el alcanzado bajo la doctrina Chevron. Así, la doctrina de las cuestiones mayores no define el margen de deferencia sino su propia existencia, para negar que las agencias puedan tener un ámbito de acción no predeterminado en el estatuto, respecto de cuestiones de gran o vasta transcendencia económica y social. Esta doctrina, especialmente en el Derecho Administrativo Económico, puede reducir la actividad de regulación de las agencias a la mera ejecución

¹²³ Marín Hernández, Hugo, "El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española", en *Revista Derecho del Estado* n° 13, 2002, pp. 133 y ss.

¹²⁴ Sotelo de Andreau, Mirta, "El control judicial de la desviación de poder", en *Revista da Faculdade de Direito da FMP, Volumen 12 n° 2*, 2017, pp. 135 y ss.

¹²⁵ Vermeule, Adrian, "The Deference Dilemma", cit.

positiva del estatuto, lo que resulta imposible ante la complejidad de tareas que la Administración asume en el siglo XXI¹²⁶.

Esta interpretación de la Corte Suprema, que pudiera derivar en la revocatoria del precedente Chevron, no es en todo caso una interpretación liberal o libertaria, o sea, una lectura de la Constitución basada en la preeminencia de la libertad individual y la reducción de la intervención del Estado. La Corte -al menos por ahora- no ha cuestionado el poder del Estado de limitar la libertad, sino que más bien ha enfatizado que ese poder reside principalmente en el Congreso, que mediante Ley, define y otorga el ámbito de actuación a las agencias. El Estado podría, así, coartar la libertad por razones de interés económico y social, siempre y cuando la decisión primera recaiga en el Congreso.

La doctrina de las cuestiones mayores niega el principio de separación de poderes, en tanto niega que el Poder Ejecutivo tenga un ámbito privativo de acción frente al Poder Judicial. Mientras que en Iberoamérica lo esencialmente administrativo es el servicio a los ciudadanos o al bien común, en Estados Unidos no habría tal ámbito esencialmente administrativo, en el sentido que las agencias son instituciones vacías, que solo tienen el poder que en cada caso concreto les confiere el Congreso. Bajo esta visión, las agencias sirven al Congreso, que es así el principal. La idea de la Administración al servicio de las personas -o sea, de la Administración como agente de las personas- es desconocida en Estados Unidos.

La encrucijada en la cual se encuentra el Derecho Administrativo en Estados Unidos debería llevar a su evolución institucional para alcanzar el grado de madurez que, hasta ahora, no ha tenido, relegado como está a la interpretación exegética -y según los casos, originalista- del estatuto. Frente a este precario modelo, el Derecho Administrativo de Iberoamérica luce mucho más robusto, coherente y, en suma, sistemático, en tanto reconoce que la Administración Pública debe contar, bajo el principio de separación de poderes, con un margen de deferencia que, aun cuando no esté preordinado por la Ley, siempre queda sometido al ordenamiento jurídico y al control de la jurisdicción contencioso-administrativa para prevenir la arbitrariedad.

Brookline, MA., 2024

¹²⁶ Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.