

Introducción

La abdicación del imperio del Derecho

El Derecho ha renunciado voluntariamente a sus pretensiones imperiales por válidas razones de índole jurídica. Por más que en épocas tempranas pretendiera (con razón o no) representar el poder imparcial y dominante capaz de resolver y pacificar los conflictos locales derivados de las actividades del gobierno, el amplio arco del Derecho se ha ido flexionando continuamente hacia la deferencia —una deferencia libremente elegida— para con el Estado administrativo. El Derecho ha abdicado así de su autoridad, replegándose a los márgenes de los planes gubernamentales. Por ello, el sentido en el que puede continuar predicándose del Derecho carácter constitutivo del Estado administrativo es débil, del modo en que el marco de un cuadro puede ser constitutivo de éste, y, por tanto, irrelevante a cualquier otro respecto en comparación con el rico contenido de lo enmarcado.

Intentaré fundamentar esta tesis con el auxilio exclusivo de los ejemplos. Al hilo del desarrollo en los diferentes sectores de las implicaciones lógicas de sus principios con miras a la coherencia racional, juristas y jueces han llegado a la conclusión de que los administradores deben disponer de amplios márgenes de maniobra para establecer políticas, determinar hechos, interpretar normas ambiguas e incluso —en una intolerable afrenta al criterio jurídico tradicional— para determinar los límites de su propia competencia, actuando como “jueces en su propia causa”. Espero mostrar cómo, en sector tras sector, han ido cediendo los controles legales elaborados por quienes han tratado de limitar el progresivo avance de la Administración. Las *líneas maginot* marcadoras de las restricciones se han desplomado o han sido sorteadas, no porque el Estado haya marginado el Derecho, sino porque éste ha concluido —operando conforme a su propia lógica— que la abdicación resultaba ser, consideradas las cosas desde su propia perspectiva interna, el mejor curso de acción. El último y mayor triunfo del legalismo consiste así en haberse depuesto a sí mismo.

Ese triunfo queda velado por el tenue tejido argumental según el cual los jueces conservan en plenitud el poder de “decir lo que es Derecho”. Ocurre, sin embargo, que, según reza el argumento, lo que el Derecho dice es que los jueces deben mostrar deferencia, dentro de amplios límites, a las agencias¹. Esta forma de razonamiento concilia la abdicación del Derecho con el Estado administrativo y sirve así de consuelo al pensamiento jurídico tradicional, pero la conciliación es esencialmente semántica. Deja a los jueces en posesión de una supremacía nominal, reinando sin gobernar, como un rey franco que hace lo que su mayordomo de palacio le sugiere. Esta afirmación exagera algo las cosas, ya que, según veremos, los jueces retienen el poder para hacer cumplir las normas claras y, con carácter más general, controlar los límites exteriores del Derecho, pero es desde luego cierto que la supremacía nominal del juez apenas ocupa el lugar del poder efectivo para decir lo que es Derecho. Los jueces son los *rois fainéants* del Estado administrativo, con la diferencia de que han cedido voluntariamente poder.

Un proceso que se refuerza a sí mismo

¿Cómo se ha producido la abdicación del Derecho? El Derecho opera conforme a su propia dinámica, aquí y en cualquier otra parte, porque los jueces y los juristas valoran la coherencia lógica. El compromiso de la profesión jurídica con la consistencia razonada ha constituido el factor principal determinante de la abdicación. Una vez emprendido inocentemente por el Derecho el camino de la deferencia —veremos que lo hizo hace mucho tiempo, comenzando a practicarla no más tarde de 1932—, la abdicación pasó a ser, cada vez y por legítimas razones legales, más difícil de resistir desde un punto de vista estrictamente interno. La integridad intelectual exige que los nuevos problemas se resuelvan de manera consistente con los precedentes. La consistencia nunca es obligatoria y las inconsistencias persisten en los arreglos locales, pero las exigencias de la coherencia ejercen una firme y constante presión que cuenta a la larga. Los tribunales que comienzan a deferir desa-

rrollan luego principios que implican la aplicación de la deferencia en muchos ámbitos, como el principio de que las agencias gozan de discrecionalidad para distribuir recursos entre asuntos y programas; a su vez, esos mismos principios pasan a formar parte de la estructura profunda del Derecho e incrementan el impulso para practicar la deferencia en otros escenarios. El resultado es un proceso de retroalimentación potenciadora en el que la abdicación resulta no tanto una traición al Derecho, como la consecuencia lógica de los compromisos internos de este último.

Dada esta dinámica, mi tesis, lejos de ser abstracta, externa y formulada de arriba hacia abajo, es concreta, interna e interpretativa. La llevan a buen puerto las amplias tendencias centrales de la jurisprudencia en las áreas que analizaré contemplándolas a la luz de los principios de deferencia generados en y por esa jurisprudencia en un proceso de reflexivo equilibrio. Me abstengo de hacer afirmación alguna sobre cuál deba ser el papel del Derecho desde un punto de vista intemporal. En particular, no hago aquí declaraciones abstractas sobre el papel óptimo del Derecho en el Estado administrativo o la asignación igualmente óptima de la autoridad entre los tribunales y la burocracia administrativa, salvo en la medida en que los jueces y juristas hayan razonado sobre la base de tales consideraciones. Este no es un libro sobre el Derecho; es un libro en el marco del Derecho, escrito desde el punto de vista de un jurista.

El curioso silencio de Ronald Dworkin

Estas son mis principales pretensiones. Para situarlas y enmarcarlas, permítanme comenzar con una perplejidad en torno a Ronald Dworkin, uno de los grandes teóricos del Derecho de la época. La cuestión es que Dworkin ignora en lo esencial el Estado administrativo y lo hace tan concienzudamente que uno sospecha que ha de tratarse de un caso de ceguera intencional. Leyendo la obra de Dworkin uno difícilmente podría saber de la existencia del Estado administrativo. Cuando habla de la estructura institucional en general, “asume con carácter general una estricta división de poderes

entre el legislativo, el poder judicial y la administración en la que el legislador tiene el monopolio de hacer la ley, el poder judicial retiene la interpretación de la ley y la administración simplemente implementa la ley”². Pero esto no es sino una mala educación cívica de bachillerato. No hemos contado con una tal estructura institucional desde hace décadas o siglos, si es que alguna vez lo hemos hecho³. Como mínimo desde mucho antes de que Dworkin naciera, las ramas ejecutiva y administrativa del Estado habían logrado ya estructurar la experiencia ciudadana de gobierno. Hoy en día ésta eclipsa a menudo las instituciones clásicas de la Constitución de 1789 en su conjunto. El Estado administrativo es el tema ineludible de la teoría jurídica contemporánea. ¿Cómo puede pretender Dworkin ser un teórico del Derecho, un cultivador de la teoría jurídica y del constitucionalismo, pero decir poco o nada al respecto?

Una posibilidad es la de un significativo punto ciego, derivado de una visión propia, esencialmente, del *common law*, que solo conoce legisladores y tribunales. Esta miope visión contempla el Estado administrativo, si es que lo percibe, únicamente en términos caricaturescos: los legisladores efectúan opciones “políticas”; las agencias ejecutan técnicamente mandatos políticos mediante métodos “utilitarios”; mientras que los tribunales representan el “foro de los principios”⁴. Como veremos, esa visión es caricaturesca porque el utilitarismo es en sí mismo un principio porque los tribunales deben tener en cuenta ciertamente las consecuencias de sus decisiones y porque las agencias deben necesariamente, al interpretar el Derecho, seleccionar, de entre los diversos principios en concurrencia, aquel que proceda respetar, determinar el peso relativo a reconocer a los principios y cuál deba ser la solución que armonice su confluencia. Las agencias, son, ineludiblemente y en no menor medida que los tribunales, foros de principios.

Una posibilidad diferente es que Dworkin, al percibir una amenaza mortal para el imperio del Derecho, haya elegido permanecer en silencio, confiando en que, de alguna manera, el peligro no llegara a concretarse. Es bien sabido que escribió: “Los tribunales son las capitales del imperio del Derecho y los jueces son sus prín-

cipes”⁵. La teoría de la resoluciónⁱ de Dworkin —“el Derecho como integridad”— exige del idealizado juez, al que Dworkin llama Hércules, encontrar la “respuesta correcta” en un doble proceso de “ajuste” y “justificación”⁶. Hércules falla de forma que ambas operaciones encajen en la construcción del Derecho cumplida a lo largo del tiempo y justifiquen al propio tiempo el Derecho, colocando éste bajo la mejor luz posible desde el punto de vista de la moralidad política⁷. Pero el Estado administrativo amenaza el dominio del imperio del Derecho. Amenaza con rebajar los tribunales y los jueces a un estatuto inferior, a la condición de funcionarios marginales situados en las provincias periféricas y encargados de patrullar los límites más exteriores de la autoridad ejecutiva que, por ello, ya no son ni los actores centrales, ni los guardianes de los principios. Como dice el filósofo del Derecho David Dyzenhaus,

La tesis [de Dworkin] del “supremacismo judicial”... genera enormes dificultades para el control judicial de la actuación administrativa... Dworkin entiende que los legisladores tienen el monopolio de hacer la ley y los jueces el monopolio de su interpretación. No hay espacio en su discurso para los organismos administrativos que tienen autoridad para hacer o interpretar la ley en el sentido de que esas son las decisiones administrativas a las que los tribunales muestran, por buenas razones, deferencia. A lo sumo, Dworkin puede reconocer a los organismos administrativos autoridad para tomar decisiones sobre las implicaciones políticas de sus estatutos constitutivos —cálculos utilitaristas sobre la decisión que mejor sirva la política pública— o decisiones sobre cuáles pueden ser los posibles efectos de las diferentes soluciones de justicia natural. Pero carecen de autoridad sobre los principios legales, ámbito reservado en exclusiva al poder judicial⁸.

Hay aún otra forma de plantear el asunto, como tiene argumentado una profesora de Derecho australiana, Margaret Allars, en un artículo que merece más atención de la que ha recibido⁹. El problema crítico es el principio *de la deferencia para con las decisiones administrativas razonables* —un principio que se encuentra de una forma u otra en muchos o en la mayoría de los sistemas jurídicos an-

ⁱ N. de T. En el texto original “*adjudication*”, vid. p. 4.

gloamericanos¹⁰ y, por lo tanto, presumiblemente parte integrante del edificio jurídico más amplio que Dworkin declara respetar—. Allars sostiene que el principio de deferencia no puede ser cohonestado con el postulado del “Derecho como integridad” de Dworkin, que presupone que los jueces pueden encontrar, incluso en los casos difíciles, la única respuesta correcta. Quiero citar el resumen de Allars en detalle, ya que no creo que pueda ser mejorado:

[Un test de] irrazonabilidad permite interpretaciones potencialmente “incorrectas” (desde el punto de vista propio de Hércules) destinadas a quedar no corregidas por un tribunal. ¿Cuál es entonces la respuesta correcta en casos difíciles como éstos? Corresponde al juez determinar si se ha respetado el umbral propio del ajuste, no así si la interpretación habría sido la legalmente correcta en caso de que hubiera sido él el decisor primario. De ser patentemente irrazonable la interpretación de una entidad con potestad de resolución (es decir, la de una agencia), el tribunal que la revise puede anularla sin proceder a identificar la solución legalmente correcta. Sin embargo, la anulación de una interpretación por patente irrazonabilidad también equivale a considerar la interpretación como incorrecta legalmente. De no resultar manifiestamente irrazonable la interpretación de la entidad que haya resuelto, el tribunal no puede interferir. En cada caso existe una respuesta correcta a la pregunta: “¿Es la interpretación de la entidad que ha resuelto patentemente irrazonable?” La tarea propia de un juez-Hércules es encontrar esa respuesta correcta. No es cometido del juez hacer la siguiente diferente pregunta: “¿Es legal la interpretación de la entidad que ha dictado la resolución?”

La paradoja aquí es que la respuesta correcta... para un juez-Hércules... puede no ser la respuesta legal correcta desde el punto de vista del Derecho como integridad. Si la entidad que ha resuelto hubiera optado por otra interpretación que tampoco fuera manifiestamente irrazonable, el juez habría debido llegar a la misma respuesta correcta, es decir, que la interpretación respeta el umbral de ajuste. Desde el punto de vista de la entidad que resuelve, cualquier interpretación no patentemente irrazonable es legalmente correcta. La parte beneficiada por la decisión tiene el derecho legal de ganar. Desde la perspectiva del juez revisor, la interpretación de la entidad es legalmente correcta porque no procede anularla por patente irrazonabilidad. Pero desde la perspectiva del Derecho como integridad, la corrección jurídica de la interpretación queda sin decidir¹¹.

En síntesis, Allars señala que la respuesta correcta de Dworkin se puede cohonestar con la deferencia para con el proceso decisional

razonable de la agencia mediante el expediente meramente nominal de etiquetar como “correcta” cualquier decisión razonable de la agencia —un expediente que drena la sustancia del compromiso de Dworkin con los tribunales en tanto que foro de principios y capital del imperio del Derecho—. Ello supone para Dworkin la dura elección entre el abandono bien del Derecho como integridad o bien del principio de deferencia para con las decisiones razonables de la agencia. Esta última, aunque congruente con la propia visión idiosincrática de Dworkin, no podría ser cohonestada con el edificio jurídico establecido tal y como éste se ha desarrollado a lo largo del mundo angloamericano, por lo que fracasaría precisamente por razones dworkinianas.

La abdicación y sus límites

Mi tesis generaliza las ideas de Dyzenhaus y Allars. La reticencia de Dworkin a afrontar el desafío del Estado administrativo, su aparentemente obstinada autoceguera, estaban plenamente justificadas, ya que no podía proporcionar respuesta legal interna alguna capaz de preservar el dominio del Derecho. Desde el punto de vista propio de un jurista, el conflicto en curso entre el imperio del Derecho y el Estado administrativo ha llegado más o menos a su final. El conflicto finaliza no por conquista, ni por la fantasía extrañamente violenta de Richard Posner del Derecho siendo “derrotado”¹², sino por una rendición sopesada, deliberada, voluntaria y unilateral, una abdicación por el Derecho de su autoridad. El propio Derecho ha decidido inclinarse ante el Estado administrativo, colocarse a sí mismo —en la imagen de Francis Bacon— “*under the throne*”¹³.

La rendición ha sido solo condicional y parcial. Los juristas juegan un papel tanto dentro de la burocracia como ante los tribunales y los jueces no han cerrado su negocio por completo. Continúan controlando la conformidad con la Constitución y las normas que rigen los procesos decisionales administrativos allí donde los textos legales son claros, la racionalidad básica de la toma de decisiones y la plausibilidad fáctica de éstas. Sin embargo, se trata de una abdicación

ción válida desde cualquier punto de referencia histórico plausible. En general, los tribunales se han convertido en actores marginales altamente deferentes para con el Estado administrativo, con excepciones ocasionales que son más llamativas que significativas. La postura genuflexa de los jueces afecta inevitablemente el estatus y la importancia del Derecho fuera de los tribunales. La consecuencia de la deferencia judicial ha sido la de apertura de un espacio más amplio, un mayor margen de maniobra para los no juristas que, en el seno de la burocracia, pretenden determinar la dirección de las opciones políticas.

El Derecho existe dentro y fuera de los tribunales, pero el corazón de su imperio ha sido siempre la decisión judicial¹⁴. Y hoy en día la revisión judicial de la actuación de la agencia se está convirtiendo o se ha convertido ya, área tras área, en un ejercicio de apreciable deferencia que solo pretende determinar si las agencias administrativas han rebasado los límites externos de lo defendible, sea en sentido legal, de la política pública implicada o fáctico. Hace una generación, Martin Shapiro ya identificaba la “raíz de la revisión judicial estadounidense en que los jueces deben declarar contrario a Derecho todo cuanto consideren que es *muy* irrazonable”¹⁵. Una versión actual más precisa formularía la idea de Shapiro en términos negativos: los jueces han decidido que pueden declarar contrario a Derecho *solo* aquéllo que consideren muy irrazonable. El *dictum* de Shapiro ha mutado de condición suficiente en condición necesaria.

Desde esta perspectiva los jueces deben cerciorarse de que las agencias se mantienen dentro de los límites de las normas que les atribuyen autoridad, pero —precisamente porque dichas normas confieren autoridad a las agencias— el papel de los jueces consiste en revisar, no en decidir. La cuestión pasa a ser entonces la del valor que la revisión judicial añade a la decisión inicial de la agencia, una cuestión relativa, así, a los costes y beneficios marginales del legalismo. Una vez que la revisión judicial se concibe de esta manera, la lógica marginalista de la situación, operando desde sí misma, sugiere a los tribunales que las agencias con responsabilidad de primera línea están en mejor posición para interpretar lagunas y ambigüeda-

des legales, incluso si el asunto involucra el alcance del propio poder o “jurisdicción” de la agencia. Los jueces deben controlar igualmente la racionalidad de la toma de decisiones por la agencia, pero la experiencia ha enseñado a los jueces (o a la mayoría de ellos, la mayoría de las veces) que la racionalidad es un requisito débil, compatible con una amplia gama de justificaciones a diferentes niveles de generalidad. La jurisprudencia refleja ahora esa experiencia y el consenso en favor de una versión débil y poco exigente del control de racionalidad a pesar de los libros de texto que, a remolque de la evolución del Derecho, todavía hablan de la obligación de los jueces de controlar con una “mirada dura”ⁱⁱ las decisiones de la agencia.

La abdicación como integridad: un argumento dworkiniano

Del marco así trazado derivan mis compromisos metodológicos. Quiero ofrecer un argumento exclusivamente jurídico más que un argumento construido desde la ciencia económica o política o la teoría política. De hecho, el argumento mismo es de punta a cabo dworkiniano en el sentido de que no es ni descriptivo ni normativo, sino más bien *interpretativo*. El objetivo es descubrir la mejor interpretación constructiva de la trayectoria del Derecho —“el Derecho como integridad”—. Por lo tanto, llevo a cabo sistemáticamente idas y venidas entre el ajuste y la justificación. En lugar de teorizar desde los primeros principios, trataré de demostrar que, bajo la condición de aceptar el amplio impulso de la doctrina legal vigente, la abdicación basada en un buen razonamiento jurídico constituye la más consecuente justificación de esa doctrina. Utilizando todas las herramientas tradicionales del jurista: el precedente, el texto constitucional y la ley, así como los principios secundarios de organización y funcionamiento institucional, me propongo demostrar que la ley se ha arrojado a los pies del trono del Estado administrativo; y así lo ha hecho porque el mejor entendimiento, desde sí mismos, de los argumentos jurídicos,

ⁱⁱ N. de T. En el texto original “*hard look*”, vid. p. 8. La traducción dada a este término será utilizada en lo sucesivo a lo largo del texto.

alcanzado exclusivamente en virtud del compromiso con la consistencia razonada, ha indicado que debía hacerlo.

Las consecuentes justificaciones que analizaré son, por tanto, muy diferentes del tipo de justificaciones que cabría ofrecer en una pizarra en blanco. Mi proyecto pone énfasis en no pronunciarse sobre el diseño óptimo de las instituciones legales y administrativas o sobre la asignación óptima de la autoridad entre los tribunales y los administradores en el Estado moderno. Pregunto más bien, en un nivel más bajo de generalidad, “¿Qué conjunto de principios debería uno sostener a fin de ajustar y justificar las tendencias centrales del desarrollo del Derecho?” Y la respuesta fundamental es: la abdicación, la automarginalización del Derecho. El ajuste no requiere, por supuesto, la asunción de la corrección de todos, hasta el último, de los casos; una buena teoría dworkiniana también tiene un borde crítico y permite tratar algunas decisiones como errores o atípicas. Sostendré que decisiones de tribunales inferiores episódicamente intrusivas no están en línea con la corriente muy deferente de las decisiones del Tribunal Supremo, por ejemplo. Pero ajustar no implica renuncia a restaurar las rasgaduras de la doctrina legal o los arreglos institucionales.

En un argumento dworkiniano late cierta ironía: la consistente en que según la mejor comprensión de la trayectoria del Derecho éste ha abdicado de sus pretensiones imperiales y lo ha hecho por razones jurídicas válidas. Pero en ello no hay un verdadero rompecabezas metodológico; buenos dworkinianos deben seguir la integridad allí donde ésta conduce. Lo único que lo hace sorprendente es que Dworkin mismo y muchos dworkinianos han idealizado los tribunales y el *common law*. Pero todo esto es idiosincrático, meramente biográfico y sociológico. Pretendo separar la integridad dworkiniana de las peculiares proclividades de Dworkin y las proclividades de sus epígonos.

El Derecho: en los tribunales y fuera de ellos

Me centraré a todo lo largo de mi discurso en la revisión judicial de la acción administrativa, documentando, en tal contexto, la ab-

dicación del Derecho. Surgen así dos cuestiones relacionadas: ¿qué es el Derecho fuera de los tribunales? ¿Y por qué centrarse en la revisión judicial? Los tribunales y la revisión judicial son un tema algo pasado de moda en una época en la que todos los juristas académicos interesados en el Estado administrativo escriben —en todo caso en los Estados Unidos— sobre las instituciones del poder ejecutivo. Además, es obvio que la abdicación del Derecho es en parte consecuencia de las decisiones de los legisladores —el Presidente y el Congreso actuando conjuntamente en el proceso legislativo conforme al Artículo 1, Sección 7 de la Constitución— que confieren, por Ley, al Presidente y las agencias una discrecionalidad cada vez más amplia. El Congreso se anima episódicamente a aprobar Leyes marco dirigidas a limitar de forma global el poder ejecutivo; la serie de Leyes marco aprobadas después de Watergate, como la Ley Nacional de Emergencias y la Resolución de Poderes para la Guerra, son ejemplos clásicos. Pero en su mayoría estas Leyes son letra muerta, porque la decisión espasmódica del Congreso que lleva a su promulgación no se sostiene en el tiempo y los marcos legales no se hacen cumplir y caen en una especie de cuasidesuso¹⁶. No todas estas limitaciones marco e innovaciones institucionales son ineficaces, en absoluto; quizás la más consecuente ha sido la creación de inspectores generales¹⁷. En general, sin embargo, el alcance de la acción ejecutiva ha crecido de manera constante, al menos desde la Segunda Guerra Mundial.

El Derecho existe ciertamente fuera de los tribunales, tanto como dentro de ellos. Los juristas de las agencias, por ejemplo, son importantes actores en el Estado administrativo; su lucha con otros profesionales por el control de los procesos decisionales en el seno de la agencia es el tema principal del Capítulo 6. Sin embargo, el tema principal del libro en su conjunto es el Derecho en el seno de los tribunales. Me centraré en los tribunales y la revisión judicial a fin de apelar directamente a la forma de pensar legal tradicional que Dworkin tan perfectamente representa y que, en virtud de la subestructura y cultura profesionales que le sirve de soporte, es tan notablemente persistente.

La cultura jurídica y del foro, sobre todo en su forma de *common law*, siempre ha considerado, instintivamente y en un sentido bastante correcto, que “los tribunales son las capitales del imperio de la ley y los jueces son sus príncipes”¹⁸. El sentido en que esto es correcto no es otro que el de que el Derecho no puede mantener un papel imperial si pierde el control de su feudo, los tribunales y la revisión judicial. Trataré de demostrar que ésta es precisamente la posición estratégica del Derecho.

La paradoja, sin embargo, es que esta situación surge debido a, no a pesar de, los esfuerzos de la profesión jurídica en general y de los jueces en particular. La paradoja de la mente jurídica tradicional es que, con el tiempo, el Derecho se desplaza a sí mismo. El arco del Derecho administrativo y la revisión judicial se han inclinado hacia la deferencia al menos desde 1932, mi año de referencia, como explicaré en breve. Las razones por las que lo han hecho iluminan un tema más amplio que trasciende la divisoria del Derecho dentro y fuera de los tribunales.

Las herramientas que utilizan los juristas, sean o no los que resulten actuar en los tribunales, incluyen una serie de argumentos e ideas que fomentan una mayor deferencia a modos no legales de toma de las decisiones, especialmente cuando la función de los juristas no se ve como primaria en la toma de las decisiones, sino como supervisión y revisión secundarias. Esto es particularmente cierto cuando los asuntos que afronta el Estado administrativo resultan ser cada vez más amplios, menos individualizados y más complejos. En las condiciones de complejidad, altos costes de información y (por ende) incertidumbre que describen el espacio fronterizo de la formulación por las agencias de políticas —considérese la protección de la salud, el cambio climático, el terrorismo y la biotecnología—, los formuladores, en las agencias, de las políticas pueden reclamar mayor legitimación democrática y mayor competencia técnica de las que los juristas pueden reclamar para sí, y el valor marginal añadido que proporcionan los juristas torna ofrecerse cuestionable. Cualesquiera que sean las causas externas, las fuerzas y las presiones que han llevado al dominio del Estado administrativo, el Derecho

tiende también a reconocer los argumentos legales internos para autorizarse a ser desplazado por otros enfoques. Es el propio Derecho el que, desde dentro, produce su desplazamiento.

La abdicación constitucional y el alcance del gobierno

Mi historia versa sobre el Derecho administrativo, no el Derecho constitucional. No al menos directamente. El Derecho público es un todo, tanto en el sentido de que todo el Derecho administrativo presupone un trasfondo de asignación de autoridad constitucional, como en el de que el “Derecho administrativo” como campo académico comprende partes relevantes del Derecho constitucional; un ejemplo es la ley del debido procedimiento de que trataré en el Capítulo 3. Así que los temas constitucionales surgirán a todo lo largo del libro y constantemente deberemos efectuar ojeadas a las previsiones constitucionales, incluyendo la concepción, con el tiempo cada vez más expansiva, de los jueces sobre el alcance de los poderes normativos del gobierno nacional.

Esto no quiere decir que la historia de la abdicación del Derecho esté circunscrita al Derecho administrativo. Nada más lejos de la realidad. Si el Derecho constitucional fuera aquí mi tema, estaría preparado para sugerir una historia paralela, la de que, con el tiempo, el dominio de la revisión judicial de la constitucionalidad se ha ido reduciendo. Esta historia está en parte oscurecida por la creciente visibilidad del Tribunal Supremo en tanto que presencia mediática en la vida estadounidense a lo largo del siglo XX y en el XXI, impulsada a su vez por la dramática relevancia de un pequeño subconjunto de los asuntos abordados por el Tribunal: aborto, matrimonio homosexual, y similares. Pero como Fred Schauer ha demostrado, de modo convincente en mi opinión, la agenda constitucional del Tribunal ocupa realmente una pequeña fracción del contenido de la agenda de la nación¹⁹. Lejos de convertir todas las cuestiones públicas en cuestiones constitucionales, el Tribunal se ha retirado en gran medida de la esfera pública, vigilando en su lugar un subconjunto de cuestiones relativas a la libertad de expresión y

las libertades personales, y muy ocasionalmente a intervenciones gubernamentales expropiatorias de derechos de propiedad²⁰. En gran medida, sin embargo, el Tribunal ha abandonado la regulación social y económica a las otras ramas del gobierno, lo que significa cada vez más al Estado administrativo.

Por último, y de manera conexas, tendremos que estar atentos a una confusión básica pero recurrente: la del Estado administrativo con el alcance del poder gubernamental nacional. Las dos cuestiones se mezclan a veces en la crítica del Estado administrativo, deplorando los críticos el poder administrativo, pero por razones que valdrían incluso si todas las reglas pertinentes hubieran sido directamente promulgadas por el propio Congreso —lo que supone que la queja se refiere realmente a la cuestión del alcance del poder—. Una crítica del Estado administrativo bien articulada debe dirigirse a la asignación del poder *en el seno* del gobierno nacional, no así al alcance del poder que el Derecho otorga al gobierno nacional en cuanto tal (incluyendo su legislativo y, permítasenos recordarlo, sus tribunales).

Un punto de partida

Despejados estos temas preliminares, pasemos a una pregunta obvia pero indispensable: ¿cuál es el punto de referencia o de partida para calibrar la abdicación del Derecho? Cualquier elección tiene algo de arbitraria, ya que el proceso que describo se ha desarrollado a lo largo de un período dilatado. Pero un punto de partida útil es, por las razones que explicaré en el Capítulo 1, el colosal esfuerzo del Presidente del Tribunal Hughes en 1932, en *Crowell v. Benson*²¹, para lograr una conciliación estable de los requerimientos del Derecho y los imperativos del gobierno burocrático, un equilibrio estable entre el Derecho y el Estado. Pero la Paz de 1932 hace tiempo que ha colapsado. Cada uno de los elementos importantes del esquema de *Crowell* se han descompuesto; y en todos los casos el resultado ha sido una ampliación de la discrecionalidad administrativa —ni invariablemente, ni sin retrocesos ocasionales y recortes

temporales, pero de manera constante—, al modo en que un mercado bursátil sube a la larga a pesar de ocasionales caídas. De hecho, como acreditaré a propósito de un caso decidido en 2013, *City of Arlington v. FCC*²², puntos de vista que eran elementos indiscutidos e indispensables del tradicional marco del jurista —tales como la opinión de que las agencias nunca deberían tener el poder de determinar los límites de su propia jurisdicción— han pasado a ser hoy conceptualmente incomprensibles para los propios jueces, incluso para aquellos jueces a los que mayor preocupación causa el Estado administrativo.

El Arco del Derecho se inclina hacia la deferencia

¿La abdicación define ya la situación del Derecho, o supone solo su trayectoria actual, que debe ser seguida a menos que, y hasta que, alguna fuerza la desvíe? La respuesta se mueve entre esas posibilidades; la abdicación es un proceso no concluido, un presente y un todavía cumpliéndose, tanto el fruto del pasado como el arco del futuro. Contemplada en conjunto la abdicación del Derecho ha ido desarrollándose a lo largo de muchas décadas. Afirmaré que la lógica fundamental de *Crowell v. Benson* es marginalista: la pregunta implícita en el asunto es la de si la revisión judicial añade, en el margen, valor neto al proceso institucional de toma de decisiones que comienza con la decisión de la agencia. Esa lógica marginalista, operando exclusivamente desde su lógica propia, representa la lógica interna que impulsa el Derecho hacia una abdicación cada vez mayor. Desde el punto de vista interno, la abdicación acumula fuerza cuando juristas y jueces dudan acerca de si el Derecho tiene mucho que añadir a la decisión de la agencia. En el extremo, pueden incluso llegar a preocuparse porque el Derecho empeora y no mejora las cosas.

Visto en detalle se aprecia la existencia, por supuesto, de remolinos y contracorrientes en la amplia corriente que fluye desde *Crowell* hasta el presente. La deferencia para con las interpretaciones de la Ley realizadas por las agencias ha encontrado fundamento,

desde 1984, en la decisión conocida por *Chevron*²³, la cual, grosso modo, dice que, salvo que las normas contradigan claramente la interpretación de la agencia, los tribunales confirmarán esa interpretación en la medida en que sea razonable. En el Capítulo 1 examinaré algunas de las limitaciones de *Chevron* y algunas opiniones recientes (en su mayoría distintas y no vinculantes para el Tribunal) que intentan desestabilizar dicha decisión. Sin embargo, también sugeriré que estas contracorrientes son débiles comparadas con la tendencia a largo plazo de la deferencia judicial para con las interpretaciones legales de la agencia, que precede en muchas décadas a *Chevron* y que persistiría *de facto* incluso si *Chevron* fuera superada *de iure*²⁴. La tendencia a la deferencia (para con decisiones razonables sobre normas, hechos o políticas, o las tres) no deriva de ninguna decisión judicial concreta; es un rasgo general del Derecho en el Estado administrativo, observable a lo largo del tiempo en muchos sistemas jurídicos.

Desde una perspectiva de largo plazo, la contracorriente más fuerte, más sostenida y más conocida a la abdicación del Derecho no se refiere a interpretaciones legales de la agencia o la deferencia de *Chevron*. Constituye más bien el cuerpo de jurisprudencia conocido como “*hard look review*” desarrollado en los años sesenta y setenta, que ocasionalmente realiza una estricta supervisión judicial de la racionalidad de la decisión de la agencia. Los juristas y los juristas académicos exageran crónicamente, sin embargo, el alcance y la prevalencia de este tipo de revisión. Lo que se debe en parte a que los casos en que se anula la actuación de la agencia son más destacados e interesantes y en parte a que muchos teóricos del Derecho, a los que falta estima por los aspectos prácticos de la gobernabilidad, tienen un horror congénito a la discrecionalidad administrativa. A su vez, este horror se exagera a veces en virtud de una conjunción política e ideológica: los juristas de izquierdas temen la discrecionalidad administrativa en la gestión de “nueva propiedad” y prestaciones sociales²⁵, mientras que los juristas de derechas temen la discrecionalidad administrativa en la de la vieja propiedad y la regulación económica²⁶. En realidad, sin embargo, la era de la “mirada dura”

nunca fue muy robusta y parece haber rebasado su punto álgido, tal como analizaremos en el Capítulo 5. Jueces textualistas han comenzado incluso a plantearse si la “*revisión fuerte*”ⁱⁱⁱ, y la noción con ella estrechamente relacionada de que la reglamentación informal de las agencias debería elevarse a la categoría de texto precisado de audiencia^{iv} sujeto a los requisitos procedimentales desarrollados judicialmente, pueden cohonestarse con el tenor literal de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA)²⁷. Por primera vez en muchos años, ha sido posible imaginar una racionalización judicial que repudiaría por completo las innovaciones doctrinales de los años sesenta y setenta.

El Derecho administrativo es un sistema dinámico, en constante cambio. En cualquier momento dado, uno u otro desarrollo atraerá la atención de juristas y jueces. Recientemente, por ejemplo, el Tribunal Supremo (integrado por ocho miembros) ha resuelto la impugnación de una declaración de la Administración Obama sobre la política pública relativa a la aplicación o no de las leyes de inmigración a ciertos inmigrantes ilegales con hijos legalmente residentes²⁸. El tribunal inferior había resuelto que la declaración de política equivalía a un reglamento vinculante y, por lo tanto, debía haber sido promulgada con aviso y comentario^v conforme a la APA. El Tribunal Supremo se dividió 4-4 en esta cuestión y, por lo tanto, confirmó la decisión del tribunal inferior, si bien este tipo de fallos carecen, de acuerdo con la práctica del propio Tribunal, del valor de precedente vinculante. Titulares de los medios de comunicación y juristas aprovecharán mucho la controversia. Sin embargo, dentro de unos pocos años, esta se desvanecerá en los sombríos recovecos de los libros jurídicos e insertará en la vasta colección de casos de Derecho administrativo, la mayoría de los cuales están en el olvido aunque alimentaron controversias al tiempo de decidirse. Ninguna

ⁱⁱⁱ N. de T. En el texto original “*hard look review*”. La traducción dada a este término será utilizada en lo sucesivo a lo largo del texto.

^{iv} N. de T. En el texto original “*paper hearing*”.

^v N. de T. En el texto original “*notice-and-comment*”.

singular opinión será capaz de detener o siquiera desviar el curso de las tendencias a largo plazo del Derecho. Para invertir el arco de la abdicación del Derecho sería preciso un esfuerzo del Tribunal Supremo sostenido durante una o más generaciones; y un tal esfuerzo es imposible —o así lo argumentaré— por razones legales internas, a causa de imperativos inherentes al Derecho.

El académico como enterrador y como comadrona

Si la abdicación representa tanto el estado pasado del Derecho administrativo como el arco de su futuro, ¿cuál es el papel del jurista académico? Argumentaré que en el corazón de las llamadas libertarias y originalistas a la vuelta a la clásica Constitución de la división de poderes late una tensión. Esa tensión consiste en que ha sido el propio sistema clásico, funcionando por intermedio de las instituciones de los poderes separados, el que primero produjo el Estado administrativo. Pues el Estado administrativo no debe su creación a un golpe. Sus creadores han sido las mismas instituciones que valoran los que se oponen al Estado administrativo. Si este se aboliera y la Constitución clásica se restableciera, los mismos procesos operativos asegurarían, con toda probabilidad, la creación del Estado administrativo en una suerte de recurrencia eterna. Sin duda, la recurrencia no adoptaría exactamente la misma forma, pero cualquier forma que adoptara serviría para fines funcionalmente análogos.

Si no hay posibilidad de invertir o desviar *permanentemente* el arco del Estado administrativo, ¿qué sentido tiene teorizar sobre el asunto? En mi opinión, el analista puede aún prestar servicios útiles en calidad tanto de enterrador como de comadrona. Como enterrador, el analista puede sepultar las pretensiones imperiales del Derecho, a las que este mismo ha decidido renunciar, pero que aún inspiran nostalgia en sectores significativos de la academia jurídica. Como comadrona, los juristas académicos pueden ayudar a “acortar y disminuir los dolores de parto”²⁹ en tanto que el Estado administrativo ha nacido del vientre del Derecho. Aunque el arco del

Derecho flexione, a largo plazo, en el sentido de la abdicación, en el corto plazo contracorrientes y decisiones aisladas que reafirmen un papel judicial más incisivo pueden causar entretanto daños sociales, incluyendo la bruma de la incertidumbre jurídica, el peso muerto de pérdidas derivadas de litigios improductivos, la confusión producida por la minoría de decisiones desacompañadas con la amplia tendencia hacia la abdicación y los incentivos para que las agencias se dediquen a “*ciencia-farsa*”^{vi30}, desgranando razones falsas que ofrecer a los tribunales incesantemente demandantes de una toma de decisiones racional incluso bajo condiciones de severa incertidumbre. Las decisiones judiciales que hacen estas cosas son menos frecuentes de lo que lo han sido con anterioridad, pero veremos muchas de ellas en lo que sigue.

El analista jurídico puede así desempeñar un papel modesto, pero constructivo, en la reducción de estos daños sociales interinos. La analítica puede ayudar refutando los malos argumentos legalistas contra la deferencia judicial, disipando asunciones incrustadas que limitan la mente jurídica tradicional y explicando elementos teóricos de importancia práctica directa para el Derecho administrativo, como la teoría de la toma de decisiones bajo incertidumbre. Llevaré a cabo esas tareas aquí.

Plan del libro

El Capítulo 1 comienza con un poco de trabajo preliminar esencial, tanto constructivo como destructivo. La parte constructiva consiste en que explicaré el punto de partida desde el que mido la abdicación, la famosa decisión de 1932 en *Crowell v. Benson*. El intento de crear líneas de compromiso y demarcación entre el Derecho y el Estado, un empeño central en *Crowell*, fracasó en gran medida. Desde su arranque en 1932, la abdicación del Derecho es clara.

^{vi} N. de T. En el texto original “*science charade*”.

Casi todos los elementos del esquema de *Crowell* no pertenecen ya al Derecho, al menos no en su forma original.

Podría razonarse que desde la síntesis de *Crowell*, que se suponía dejaba de ver en el Derecho la legitimación del Estado administrativo, la legalidad del propio Estado administrativo quedó en entredicho. Y, en efecto, una lógica un tanto similar parece subyacer a las críticas indiscriminadas al Estado administrativo que examinaré. Es cierto que a lo largo del tiempo el propio Derecho ha ido concediendo cada vez mayor discrecionalidad al Estado administrativo. Sin embargo, es totalmente falsa la sugerencia, generalmente insinuada sin ser abiertamente defendida, de que el Estado ha arrumbado brutalmente el Derecho, de que el Estado ha violado o está violando constantemente las reglas del Derecho. No es así. La abdicación del Derecho ha sido esencialmente voluntaria, un producto exclusivo de imperativos legales internos, o así al menos lo voy a tratar de demostrar a lo largo de esta obra. El mayor triunfo del Derecho ha sido subordinarse, eclipsarse a sí mismo, en el interés del desarrollo de su propia lógica.

Las críticas legalistas globales al Estado administrativo se presentan en dos amplias versiones. En una versión, los constitucionalistas originalistas como Gary Lawson sostienen que el Derecho administrativo es inconsistente con la Constitución escrita de 1789; en una segunda versión, Philip Hamburger retrata el Derecho administrativo estadounidense como inconsistente con principios profundos de una putativa constitución (con *c* minúscula) anglo-americana cuya pieza central es el *common law*. Analizo y rechazo las afirmaciones de ambos; de hecho cada una de las dos visiones tiende a socavar la otra. Por un lado, el relato de Lawson no es convincente para el elenco de jueces —que incluye a casi todos los jueces y habría incluido enfáticamente a todos los juristas de la generación fundacional—, que no atribuye peso alguno a las normas del *common law* de “depreciación” de reglas constitucionales por la vía de la práctica y el desarrollo de precedentes judiciales a lo largo del tiempo. Por otra parte, el planteamiento de Hamburger no acierta a comprender principios constitucionales y legales básicos que proporcionan

soporte al Derecho administrativo estadounidense y que en algunos casos lo han hecho desde el principio. Sin perjuicio de estar las dos críticas al Derecho administrativo en tensión entre sí, ambas pueden estar equivocadas.

El Capítulo 2 aborda el análisis constitucional de la separación de poderes, pieza central del constitucionalismo clásico que muchos críticos afirman ser claramente incompatible con el Estado administrativo. Yo sostengo, por el contrario, que el Derecho estadounidense —constitucional, legal y judicial— ha llegado a reconocer que la separación de poderes no debe convertirse en un ídolo. La separación de poderes debe ponderarse con otras consideraciones y bienes; debe ser optimizada, no estrictamente maximizada, ni tratada como una restricción inviolable.

En efecto, la propia separación de poderes en el plano constitucional implica divergencias respecto de la separación de poderes en el plano de la estructura de la toma de decisiones por las agencias. En dicho plano superior la separación de poderes autoriza su propia vulneración en el plano inferior —una abdicación de autoridad—. En este sentido, la clásica separación de poderes es auto-minadora. El mismo procedimiento legislativo clásico ha decidido sistemáticamente abandonar los acuerdos clásicos sobre poderes separados al atribuir a las agencias poderes fusionados y funciones combinadas. De ello se sigue la existencia de una contradicción pragmática en la llamada al retorno al orden clásico de la separación de poderes, siendo así que ese orden se ha transformado a sí mismo en un acto de abdicación a gran escala, generando las instituciones mismas que lo han sustituido parcialmente. A lo largo de los Capítulos 1 y 2, en consecuencia, sostengo que las llamadas a un retorno al orden clásico se desautorizan a sí mismas.

Esta línea de argumentación fallaría si el Estado administrativo hubiera sido generado no por obra de las instituciones clásicas de la Constitución, sino por la “abdicación” o el mal funcionamiento de esas instituciones, cualquiera que sea la forma en que se las defina. Sin embargo, argumentaré que la “abdicación” (como quiera que se

defina) no explica de forma plausible la génesis del Estado administrativo. Del lado del Congreso, el proceso se ha caracterizado, desde el inicio de la República, por atribuciones legales conscientes y acumulativas de autoridad a las agencias, combinadas con ajustes permanentes de esa autoridad, controles procedimentales, supervisión del Congreso y supresión ocasional de agencias. Del lado del poder judicial, todo el libro es un intento de demostrar que los jueces en modo alguno han abandonado su función al ir reconociendo a las agencias de cada vez una mayor discrecionalidad; sino que, antes al contrario, han reconocido esa discrecionalidad por medio y a través de una argumentación jurídica ordinaria, realizada de buena fe, basada en fuentes legales ordinarias y desde un punto de vista interno.

No es, pues, que las instituciones clásicas hayan sido simplemente dominadas por una fuerza externa, como lo fue el Gobierno japonés en 1945, siendo forzadas a crear nuevas estructuras legales. Tampoco es el caso que esas instituciones hayan abdicado sus funciones en una repentina racha de pasión política, como hizo el degradado Senado romano clamando por un emperador. Más bien, el funcionamiento institucional acumulado a lo largo del tiempo de poderes, controles y equilibrios entre ellos y la jurisprudencia sentada en cuestiones de Derecho constitucional y legal, determinaron conjuntamente el nacimiento de las instituciones del Estado administrativo, nutriéndolas hasta alcanzar su madurez. Con el tiempo esas instituciones crecerían hasta hacer sombra a sus progenitores. Pero son las herederas y, por tanto, la descendencia de las instituciones clásicas, no imposiciones ajenas.

El Capítulo 3 ilustra la abdicación del Derecho en otro escenario cuasi-constitucional, la ley del debido proceso. La ley del debido proceso es cuasi-constitucional porque el Tribunal Supremo, en la era moderna, ha anudado de forma consistente la ley del debido proceso a derechos no constitucionales creados por legisladores y agencias. Sin embargo, los tribunales han insistido, de forma inconsistente, en que las obligaciones procedimentales impuestas por la ley del debido proceso continúan siendo una cuestión que les com-

pete en exclusiva. Llevo la evolución histórica de la ley del debido proceso a su conclusión lógica, argumentando que los derechos y el procedimiento están de modo inextricable, pragmáticamente relacionados (aunque no fusionados conceptualmente) y que, como consecuencia de ello, los tribunales deben observar deferencia para con las decisiones razonables de las agencias sobre el alcance del esfuerzo procedimental a desplegar. De hecho, en esta materia como en otras, la ley ya ha tomado justamente este curso, o eso es lo que sostengo. La ley ha renunciado cada vez más, a favor de las agencias, a su disposición sobre el debido proceso y no porque la ley haya sido vulnerada o dejada a un lado, sino porque los tribunales han trazado la lógica interna de sus propios compromisos y decisiones, desarrollándolos desde sí mismos.

Los Capítulos 4 y 5 giran la atención, ambos, hacia un componente central del Derecho administrativo propio del régimen actual: la revisión judicial de la decisión de la agencia desde el criterio de racionalidad a tenor de la cláusula “arbitraria y caprichosa”^{vii} de la Sección 706 de la APA. Muchas agencias pasaron de dictar resoluciones concretas a aprobar normas en los años sesenta y setenta, un golpe especialmente severo a la síntesis del Derecho y el Estado administrativos de Hughes, que se basaba en la premisa implícita de que las agencias quedarían constreñidas, en la mayor parte de su actuación, a procedimientos análogos a los procesos judiciales conducentes a la aplicación del Derecho³¹. En consecuencia, después de la revolución de la capacidad de reglamentación, los tribunales retornaron a la revisión de la racionalidad en calidad de una de las limitaciones subsistentes a la discrecionalidad de las agencias a la hora de reglamentar — especialmente después de que *Vermont Yankee*³² impidiera a los jueces enriquecer los entecos procedimientos de reglamentación regulados en la APA—. Por ello la revisión de la racionalidad del ejercicio de la potestad de reglamentación de las agencias ha sido un campo de batalla al menos durante una generación.

^{vii} N. de T. En el texto original “*arbitrary and capricious*”. La traducción dada a este término será utilizada en lo sucesivo a lo largo del texto.

La niebla de la guerra ha confundido, al parecer, a muchos observadores. Los juristas académicos hablan a menudo de una época de rigurosa “revisión fuerte” iniciada por una decisión de 1983, *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm*³³. El caso versó sobre la revisión de una controvertida política de desregulación de la Administración Reagan, supresora de ciertos requisitos de seguridad automovilística, que el Tribunal vio claramente que estaba inadecuadamente justificada desde el punto de vista técnico. *State Farm* simboliza, en la perspectiva académica, una rigurosa revisión de la arbitrariedad y un estricto compromiso judicial de supervisión de la racionalidad de la agencia. Sin embargo, todo esto es básicamente un mito. La jurisprudencia simplemente no lo refleja —ciertamente no al nivel del Tribunal Supremo, y en gran medida tampoco en el nivel de los tribunales inferiores, como expondré en detalle—. Lo que sí es cierto es que decisiones ocasionales de los tribunales inferiores, especialmente de un subconjunto de jueces del Tribunal de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia, ejercen una revisión investigadora de la racionalidad. Pero el Tribunal Supremo mismo se ha mostrado resuelto, de forma abrumadora, a proteger la discrecionalidad de las agencias de este tipo de interferencia episódica por parte de agresivos tribunales inferiores, tal como ambos Capítulos 4 y 5 pretenden poner de evidencia. Los jueces han llegado a ver, muy correctamente, que las agencias pueden tener frecuentemente excelentes razones de segundo orden para actuar de manera no racional o arbitraria, omitir comparar alternativas, ignorar consideraciones relevantes de la política pública de que se trate o adoptar decisiones erróneas. De este modo, la revisión de la racionalidad es escasa, lo que significa que es amplia y tolerante, permitiendo a veces a las agencias proporcionar razones de segundo orden para explicar su incapacidad para dar razones de primer orden. Como resultado, la “revisión fuerte” es más una noción que una realidad, desde luego en el nivel del Tribunal Supremo.

El Capítulo 4 comienza con el papel de la incertidumbre en el Estado administrativo y su relación con la revisión de la racionalidad. Bajo condiciones de incertidumbre, en las que las agencias

no tienen otra opción que la de dar un salto en la oscuridad en una u otra dirección, puede ser incluso perfectamente racional o razonable que las agencias adopten decisiones que son arbitrarias, empleando la arbitrariedad en el sentido de la teoría de la toma de decisiones, no en su sentido jurídico. Decisiones de este tipo serían racionalmente arbitrarias, pero por esta misma razón, no deberían considerarse “arbitrarias y caprichosas” en el sentido de la Sección 706 de la APA. Los tribunales deberían reconocer —y, como sostendré, así lo reconocen o el Tribunal Supremo cuando menos lo hace— que una prohibición, en sentido jurídico, de la “arbitrariedad” permite una amplia gama de actuaciones de las agencias que son arbitrarias en un sentido teórico amplio.

Generalizando esta idea, el Capítulo 5 aboga por una forma corregida de revisión de la racionalidad: revisión “débil” de la racionalidad. En esta variante, los jueces requieren de las agencias razones y anulan las decisiones no razonadas. Sin embargo, los jueces aceptan una amplia lista de los tipos de razones suficientes para validar la actuación de las agencias. Asumen, en particular, que las agencias suelen tener buenas razones de segundo orden para realizar actuaciones que son erróneas o no fundadas en razones de primer orden. Los tribunales solo deberían anular su actuación por arbitraria en sentido jurídico cuando las agencias carecen también de ese tipo de válidas razones de segundo orden —situación que yo denomino “decisión indefendible”—. Una consecuencia colateral es la de no incumbir a los tribunales requerir de las agencias la justificación de sus decisiones, ni siquiera presuntamente, con un análisis coste-beneficio. Es suficiente el razonamiento cualitativo, ya sea de primer o segundo orden, como la legislación vigente permite enfáticamente.

Los Capítulos 4 y 5 bosquejan en efecto, conjuntamente, una imagen de la revisión de la racionalidad muy diferente de la del estereotipo de la “revisión fuerte”. Un apéndice al Capítulo 5 recoge todas las decisiones del Tribunal Supremo sobre la revisión de la arbitrariedad desde 1983, cuando se falló *State Farm*, con el resultado de que las agencias vencen en el 92% de tales asuntos. Hay aquí cuestiones empíricas, pero los hechos de fondo son como mínimo

muy distintos de lo que podría sugerir el saber establecido sobre la “revisión fuerte”. En la revisión de la racionalidad, como en la separación de poderes, el debido proceso, la interpretación de las normas y otras cuestiones críticas, los tribunales han seguido la lógica de la ley. Su conclusión ha sido, en general, la de que las agencias deberían estar en condiciones de desarrollar la política pública como consideren adecuado, salvo que efectivamente existan razones muy claras para la intervención de los tribunales.

El Capítulo 6 agrega una dimensión sociológica a la discusión examinando, en la jurisprudencia, la sorprendente abdicación de los *juristas*. En tanto que profesión, los juristas no son famosos por su tendencia a abandonar el poder. Pero las doctrinas jurídico-administrativas, elaboradas por juristas en un incesante forcejeo con otras profesiones e instituciones no jurídicas, tienen en muchos casos el efecto de desplazar, dentro de las agencias, el poder desde los juristas hacia profesionales de otras disciplinas, como los científicos, ingenieros y economistas. Esta perspectiva proporciona sentido a algunos persistentes rompecabezas sobre el alcance y la justificación de las doctrinas jurídico-administrativas centrales, como la de la deferencia para con las interpretaciones de la Ley de las agencias sentada en *Chevron* y el principio de *Chenery I*³⁴ de que la actuación de la agencia puede, si acaso, ser mantenida únicamente por el motivo avanzado por la propia agencia.

La conclusión vuelve a las ideas de abdicación, revisión débil de la racionalidad y decisión indefendible, y anuda todas esas ideas en un análisis del lugar marginal del Derecho —“marginal” tanto en el sentido coloquial como en el sentido de la economía—. El Derecho es marginal en el sentido de estar relegado a los bordes del marco del cuadro, controlando solo la actuación de las agencias que sea indefendible por ausencia de motivos válidos (incluyendo razones de segundo orden) para tal actuación. En sentido técnico, el lugar del Derecho debe ser determinado sobre la base de un análisis de los beneficios y costes marginales de incrementos adicionales de la supervisión jurídica y judicial de la burocracia. En una medida sorprendente, ese lugar ya ha sido determinado mediante un análisis

informal de los beneficios y costes marginales del legalismo realizado por los propios jueces y juristas.

El análisis marginal informal sobre el valor propio del Derecho arroja un resultado favorable a la abdicación. Dados las amplias, vagas o ambiguas habilitaciones normativas y un entorno de políticas públicas pleno de incertidumbre y complejidad, los beneficios derivados de incrementos adicionales de legalismo resultan, en el mejor de los casos, poco claros y quizás simplemente negativos cuando la revisión jurídica se extiende más allá de lo indefendible. La abdicación del Derecho no es solo, ni simplemente, el resultado del crecimiento masivo de la burocracia administrativa durante el siglo pasado y lo que va de éste. Es el resultado también de la propia valoración por el Derecho de cómo debe funcionar su lógica en un ambiente del tipo descrito. El Derecho, operando desde sí mismo a lo largo del tiempo, ha llegado a darse cuenta de que la toma de decisiones funciona mejor según los criterios que le son propios —los criterios de racionalidad, previsibilidad y conformidad con los mandatos legislativos— si los jueces se limitan a controlar los límites exteriores de la competencia de la agencia y la racionalidad. Los requerimientos de la “razón pública”³⁵ se revelan sorprendentemente amplios, sobre todo una vez que las razones de segundo orden se consideran tan legítimas como las de primer orden. Una que vez que el Derecho ha reconocido esto, ha comenzado también a darse progresivamente cuenta de que los propios principios que ha generado para controlar y limitar la discrecionalidad administrativa aconsejan la abdicación. El Derecho ha decidido que sirve mejor a sus propios fines situándose más o menos discretamente bajo el trono.