

23

PARTE SEGUNDA

**UNA REFLEXION COMPLEMENTARIA
SOBRE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA
DE LA DEFERENCIA JUDICIAL
HACIA EL EJECUTIVO**

SUMARIO: I. *La invocación del sistema americano de control judicial. La singularidad americana.*

II. *La Sentencia Marbury v. Madison, 1803, y su afirmación sobre la «extravagancia» de pretender un control judicial del Ejecutivo. La Sentencia Kendall, 1838, y su primera condena al Ejecutivo. La protesta del Presidente ante el Congreso. La distinción ulterior entre actos «ministeriales» y discrecionales.*

III. *La creación de las Comisiones independientes a partir de 1887 y la formación de un espacio administrativo objetivado. La innovación de la «Federal Administrative Procedure Act» de 1946. La idea de la delegación a la Administración de poderes legislativos y judiciales. La neutralización política de la actividad de «adjudicación» por la Administración: los Administrative Law judges.*

IV. *El surgimiento de la doctrina de la «deferencia» de los Tribunales hacia la Administración. Deferencia de principio en cuanto a la apreciación de los hechos. Deferencia en cuanto a la interpretación de Leyes ambiguas. La Sentencia Chevron, 1985. La explicación pragmática. La explicación en el principio literalista de la interpretación y en la doctrina de la delegación implícita del Legislativo. Desde la irrazonabilidad, como única excepción a la deferencia, a las indicaciones compulsivas contrarias y, finalmente, a la intención expresa contraria del legislador. El cierre virtual del control.*

V. *La explicación en la interpretación americana (versión jefersoniana) de la división de los poderes: independencia absoluta de cada uno. La judicial review limitada al equilibrio constitucional. El «retraso del reloj jurídico» en el Tribunal conservador Rehnquist.*

VI. *El caso extremo de la negación de control sobre los actos, aun ilegales, del Presidente. La Sentencia Dalton, 1994, y el retorno a conceptos monárquicos. De la deferencia a la reverencia. La homologación de la posición del Ejecutivo con la*

del Legislativo ante la judicial review y la «minimización» de la función judicial ante los poderes políticos electivos.

VII. Inutilidad de esos conceptos para el Derecho Administrativo europeo y necesidad de una revisión constitucional para recibirlos. La crítica liberal a la «Nueva Derecha» jurídica y la puesta de relieve de su oportunismo político.

VIII. Algunas observaciones sobre la publicación de una traducción castellana de un libro de Edley Jr.

I

En la exposición anterior hemos hecho alguna alusión ocasional a algún autor del Derecho Administrativo norteamericano, pero ninguna a las soluciones concretas que este Derecho emplea para solucionar los problemas de control judicial que hemos estudiado.

Por el contrario, en alguno de los trabajos a cuyas tesis nos oponemos aparece, aunque no sistemáticamente, una referencia a esas fuentes americanas (incluso invocando ya la Sentencia *Chevron*) y últimamente se ha publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública, encuadrado en el Ministerio para las Administraciones Públicas, una traducción de una obra norteamericana, la de Christopher Edley, Jr., *Derecho Administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración Pública*, trad. de Angel Manuel Moreno, Madrid, 1995. Hay algunas razones para suponer que esta traducción, que inicialmente puede sorprender ante el panorama y la formación histórica de nuestro Derecho Administrativo¹, obedece a la misma línea de pensamiento que se manifestó por vez primera en los trabajos de los Profesores Parejo y Sánchez Morón, que abrieron en nuestra doctrina la polémica en la que nosotros hemos entrado ahora. Por lo demás, es cierto que en el De-

¹ Se trata, seguramente, del primer libro americano de Derecho Administrativo (aunque sobre esto, *vid.* más adelante en el texto) traducido en España. Según mis noticias, que pueden ser inseguras, sólo había sido traducido a principios de este siglo una selección del *Comparative Administrative Law* de Frank J. GOODNOW, cuyo original se publicó en 1893, hace más de cien años, pues, libro completamente esquemático, que no entra en ningún análisis institucional concreto.

recho Administrativo americano se hace explícito el argumento central que en esa polémica se debate: si el principio democrático puede o no producir efectos restrictivos en el control judicial del Ejecutivo, lo que parece obligar a prestarle alguna atención especial.

Vamos, por nuestra parte, a intentar una reflexión —no pretende ser, en modo alguno, una exposición sistemática— sobre la situación actual del Derecho Administrativo norteamericano, marcada, en buena parte, por temas próximos a los que nos han ocupado en el análisis anterior.

No intentaremos exponer todas las peculiaridades del Derecho Administrativo americano, pero sí será necesaria alguna explicación previa para llegar al tema específico de nuestro interés.

El principio de la división de los poderes, por vez primera en toda la historia, se acogió en la Constitución de la Unión de 1787 y es desde entonces una de las bases inmovibles del sistema jurídico norteamericano. Ahora bien, el principio es interpretado al otro lado del Atlántico de manera muy diferente de cómo se interpretó en Europa. Como ha notado, con su autoridad, Bernard Schwartz, la diferencia entre el sistema anglo-americano y el sistema francés de Derecho Administrativo debe ser atribuida a esa diferencia de interpretaciones del mismo principio². Aunque ahora no entremos de lleno en este tema, al que tendremos que volver más adelante, no obstante, sí diremos que sólo desde esa afirmación puede entenderse la exposición que hacemos a continuación.

Ha de partirse, por de pronto, de una idea esencial y previa a todo comparatismo y que destacó lúcidamente en su tiempo Tocqueville: la democracia americana es com-

² B. SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common-Law World*, Nueva York, 1954, pág. 4.

pletamente peculiar respecto de la europea. Como acaba de escribir François Furet, en un libro de primera importancia, los Estados Unidos «han inventado una sociedad tan original y tan poderosa que constituye por sí sola una especie de la democracia moderna, diferente, por definición y por voluntad, de todo lo que existe en Europa»³.

II

La Sentencia más famosa de la historia de los Estados Unidos, que tiene también una significación universal por ser la que inaugura la técnica del control de constitucionalidad de las leyes, luego extendida a todo el mundo, la Sentencia *Marbury v. Madison*, 1803, se produce, en cuanto al fondo, sobre una cuestión que en Europa calificaríamos hoy de contencioso-administrativa. El Sr. Marbury, que había sido nombrado Juez de paz del distrito de Columbia por el Presidente anterior, Adams, con aprobación del Senado, pedía que se le entregara la credencial correspondiente por el Secretario de Estado (Sr. Madison) del nuevo Presidente, Jefferson, que era quien había ordenado al Secretario de Estado que retuviera tal credencial. La espectacular declaración de inconstitucionalidad que hace la Sentencia se produce, no sobre ninguna ley que regulase esa relación de fondo, sino sobre la *Judiciary Act* de 1789 que había previsto que ese tipo de reclamaciones fuese directamente ante el Tribunal Supremo. La Sentencia entiende que esa competencia contradecía la Constitución, en base a lo cual, inaplicándola, el Tribunal Supremo rehúsa pronunciarse y declara —diríamos en nuestra terminología actual— la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción.

³ F. FURET, *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX^e siècle*, París, 1995, pág. 440.

Pero incidentalmente la Sentencia hace algunas consideraciones sobre la posibilidad misma de que se puedan recurrir ante el juez los actos, o la inactividad en el caso en cuestión, del Presidente. Admite de entrada que el recurrente tiene un verdadero derecho adquirido (*vested legal right*) a pedir esa credencial, puesto que el nombramiento por el Presidente de todos los cargos judiciales (por diferencia con los gubernativos) es irrevocable, pero formula una declaración, a mi juicio, de una extraordinaria significación para nuestro tema, que no he visto, por cierto, recogida como objeto de reflexión. La Sentencia solemnemente rechaza *all pretensions*, todas las pretensiones de que la justicia enjuicie «las prerrogativas del Ejecutivo» y añade esto:

«Apenas es necesario al Tribunal rechazar una pretensión sobre tal jurisdicción [sobre el Ejecutivo]. Tal extravagancia, tan absurda y excesiva, no tendría que entretenernos ni por un momento. El terreno de los Tribunales es sólo decidir sobre los derechos del individuo, no investigar cómo el Ejecutivo, o los agentes del Ejecutivo, desempeñan los deberes sobre los cuales tienen discrecionalidad. Las cuestiones de esta naturaleza política o que están, por la Constitución y por las Leyes, sometidas al Ejecutivo, no pueden ser nunca planteadas ante este Tribunal».

Esta concepción no es muy distinta, con la reserva que haremos inmediatamente, del famoso principio de «separación» entre el Poder Ejecutivo y los jueces que formuló tempranamente la Ley francesa de 1790, aún en vigor ⁴, y

⁴ Vid. el número especial que dedicó la «Revue Française de Droit Administratif» al bicentenario de la Ley, octubre de 1990, págs. 689 y ss. Entre nosotros se ha referido a esta conmemoración Blanca LOZANO en «RAP», núm. 126, 1991, con ocasión de una decisión del *Conseil Constitutionnel* de 1987 que ratificó su vigencia y valor actual, págs. 447 y ss. Por cierto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en estos momentos en su agenda un recurso contra el Estado francés por el hecho de que la jurisdicción administrativa (el Consejo de Estado) y el Tribunal de casación están resolviendo contradictoriamente el mismo problema de la indemnización por

pone en alguna medida en cuestión la afirmación común, desde Dicey, de que en el mundo anglosajón los Tribunales ordinarios controlaron desde el primer momento a la Administración ⁵. La reserva es, sin embargo, doble: por una parte, la jurisprudencia *Marbury* no lleva a una total interdicción al poder judicial para conocer de cualquier decisión administrativa; sobre ello se introducirá enseguida, como veremos, la distinción entre actos ministeriales —justiciables— y actos discrecionales —no justiciables—, considerados inicialmente como *political questions*; por otra parte, es el propio poder judicial el que determina esos límites, en tanto que en el sistema francés la obturación formal del conocimiento judicial de la materia administrativa llevará a que ésta deba ser controlada por una instancia para-judicial paralela, la «jurisdicción administrativa», inicialmente el propio Gobierno oyendo al Consejo de Estado, más tarde, desde 1872, un órgano administrativo especializado e independiente, aunque esa independencia no llegue a alcanzar —ni aun hoy mismo el Consejo de Estado, aunque sí los Tribunales regionales y de apelación— una verdadera consistencia equiparable a la independencia judicial.

La «extravagancia» de que los jueces enjuiciaran al Ejecutivo fue abriéndose paso de manera sumamente medida, supuesta esa resistencia inicial. Es la Sentencia de 1838 *Kendall v. U.S.* ⁶ la que parece haber introducido la distinción entre actos discrecionales, políticos o de *executive cha-*

el Estado de la contaminación por sida de los hemofílicos como consecuencia de transfusiones de sangre hechas sin control de sida cuando esos controles eran ya disponibles. Será importante esperar a la Sentencia de este proceso, que pone en cuestión la posibilidad de soluciones contradictorias producidas por la dualidad de jurisdicciones.

⁵ Aún lo reitera SCHWARTZ, *French Administrative Law and Common-Law World*, cit., pág. 8.

⁶ Philippa STRUM, *The Supreme Court and «Political questions»*. A study in judicial evasion, The University of Alabama Press, 1974, págs. 138 y ss.

racter, irrecurribles, y actos «ministeriales», de aplicación singularizada de una Ley ordinaria, lo que admitió que se trataba en el caso concreto, estimando una pretensión de pago del recurrente como contratista de servicios con el Correo federal. Pero esta «interferencia» del Tribunal en un asunto del Ejecutivo, aun pareciendo tan obvia, suscitó tal asombro que el Presidente de los EE.UU. entonces en ejercicio, Van Buren, la criticó expresamente nada menos que en su Mensaje anual al Congreso de 1840, deplorando que «por vez primera desde el establecimiento del Estado» se hubiese dirigido una orden de pago «por compulsión judicial» a la Tesorería. Pero la Sentencia *Decatur v. Paulding* del mismo año 1840, quizá impresionada por esa reprimenda, puntualizó enseguida que esa limitada apertura era mínima, pues rechazó tener jurisdicción para resolver una petición de la viuda de un marino de guerra de que se le pagasen ciertas pensiones y atrasos. La Sentencia, unánime, redactada por el Presidente del Tribunal Taney⁷, formuló aquí una doctrina que se mantuvo durante mucho tiempo: «La interferencia de los Tribunales en la ejecución de los deberes ordinarios de los departamentos ejecutivos del Gobierno no produciría otra cosa que complicaciones [*mischieff*], y nos satisface completamente que nunca se haya intentado dar a los Tribunales tal poder».

En 1848 la Sentencia *Brashear v. Mason* rechazó también, calificándola de materia discrecional, decidir si un marino de guerra que procedía del Estado de Texas tenía o no derecho a integrarse en la Armada federal, aunque

⁷ STRUM, pág. 138. Sobre la personalidad del *Chief Justice* TANEY, sucesor de MARSHALL, *vid.* B. SCHWARTZ, *A history of the Supreme Court*, Nueva York, Oxford, 1993, págs. 70 y ss. TANEY fue nombrado por el Presidente JACKSON en 1835 y había redactado para él una famosa decisión de veto legislativo en 1832 en la que se decía literalmente: «La autoridad del Tribunal Supremo no puede permitirse [en virtud del principio de división de los poderes, interpretado como luego veremos] que controle al Congreso o al Ejecutivo.» *Vid.* más adelante en el texto y nota 44.

esta pretensión parecía tener una base expresa en la *Annexion Act* de Texas a la Unión. La distinción entre actos discrecionales y ministeriales era, como se ve, completamente ambigua y se extendía o se contraía casuísticamente según decisión libre del Tribunal, caso por caso, sin ninguna guía objetiva. Esta doctrina, tan poco resuelta, como vemos, se repitió a lo largo de todo el siglo XIX y penetra hasta comienzos del XX⁸, y se justificaba especialmente tanto en la doctrina de la división de los poderes como en la necesidad de evitar que los Tribunales fuesen inundados de procesos⁹, aunque siempre los Tribunales afirmaron su competencia para proteger los derechos individuales (entendidos, como hemos podido ver en los ejemplos jurisprudenciales expuestos, en sentido muy restrictivo, sin duda por la misma razón que ha hecho tan problemático en el ámbito jurídico europeo el reconocimiento de derechos públicos subjetivos—idea del carácter objetivo del recurso por exceso de poder en Francia, «intereses legítimos» en Italia, inaccesibilidad de los derechos reaccionales al recurso en Alemania hasta esta segunda postguerra y en España hasta 1956).

III

No tiene interés —y, con seguridad, no sería yo el más indicado para hacerlo— seguir el curso de la jurisprudencia constitucional americana sobre la discrecionalidad¹⁰.

⁸ STRUM, pág. 139 y Sentencias citadas en pág. 172, que llegan hasta 1914.

⁹ Aun STRUM, pág. 139, concede que «ese motivo era lógico y probablemente necesario... En cuanto técnica, la de no complicarse judicialmente con los asuntos de los altos jefes del Ejecutivo, es realista». Aduce también el riesgo del posible no cumplimiento de las Sentencias.

¹⁰ El autor clásico es K. C. DAVIS, *Discretionary Justice: A preliminary inquiry*, Louisiana University Press, 1969, y su libro comparativista, *Discretionary Justice in Europe and America*, Chicago, University of Illinois Press,

Esas concepciones iniciales no son muy distintas, por otra parte, de las que eran comunes en el Derecho Administrativo europeo del siglo XIX, que son las que se expresaron, en definitiva, en nuestra propia Ley de lo Contencioso-Administrativo Santamaría de Paredes de 1888, que cerró expresamente al juez contencioso toda la materia discrecional en bloque, como es sabido.

En realidad, el Derecho Administrativo americano no se consolidará por la vía de una superación de esos dogmas, especialmente del de la separación y aislamiento de los poderes, dogmas profundamente anclados en sus convicciones de base —aún tendremos ocasión de comprobarlo cuando estudiemos la situación actual—, sino por una vía peculiar: la creación de instituciones especializadas en las que se intenta excluir el poder crudamente político del Presidente y remitir su funcionamiento a criterios estrictamente técnicos y objetivos, administrados por un personal independiente y permanente, a cubierto de las masacres funcionariales determinadas por los cambios presidenciales según el sistema de *spoils system* o sistema de botín, instituciones a las que se delega un poder normativo propio y de resolución con el cual logran establecer regulaciones y gestiones objetivas y técnicas, cuyo control judicial, a partir de pautas y normas objetivadas, no planteó ya problema especial. Es la técnica de las Comisiones Reguladoras Independientes, cuyo modelo inicial fue la *Interstate Commerce Commission* creada en 1887¹¹, modelo perfecciona-

1976. Yo sólo he consultado ahora su *Administrative Law Text*, St. Paul, Minn, 1972, con un excelente capítulo sobre el tema, págs. 88 y ss., que spongo que resume el primero de esos dos libros. A él nos hemos referido en la primera parte de este libro, si se recuerda.

¹¹ Se ha celebrado recientemente su centenario. MILLER, *Independent Agencies*, en «Supreme Court Review», 1986, págs. 41 y ss. SCHWARTZ dice: «El año 1987 fue no solamente el del bicentenario de la primera Constitución que intentó establecer un gobierno sobre el principio de la división de poderes. El mismo año marcó también el centenario de otro suceso que al-

do en 1914 con la *Federal Trade Commission* (FTC).

Estas Comisiones o Agencias independientes aciertan a construir un sistema de independencia de los funcionarios respecto de los poderes de libre *removal* o remoción del Presidente, tradicionalmente vinculados a la responsabilidad única del Presidente en el gobierno de la rama Ejecutiva. Una Sentencia de 1935, *Humphrey's Executor v. U.S.*, declaró la constitucionalidad de esa técnica objetiva e independiente de gobernar y su protección contra el sistema del *spoils system* que mantiene a los funcionarios solo *during pleasure* del Presidente. Schwartz no ha dudado en decir de *Humphrey's Executor* que si alguna Sentencia puede ser citada como base del moderno Derecho Administrativo es, justamente, ésta¹².

teró grandemente el sistema de los poderes separados, el nacimiento de la moderna agencia administrativa con la *Interstate Commerce Act* de 1887.» En su libro, al que luego aludiremos más despacio, *The New Right and the Constitution. Turning back the legal clock*, Boston, 1990, pág. 190. Sigue una excelente exposición de lo que significó el sistema de Agencias independientes y de sus decisivos efectos para la objetivización de la Administración y de la economía americanas. Veremos que uno de los objetivos de la «Nueva Derecha» presente en el Tribunal REHNQUIST ha sido destruir este sistema de administrar, caracterizado por el juez SCALIA un año antes de ser nombrado juez del Tribunal Supremo, como «un cuarto poder sin cabeza del Gobierno», calificación ya adelantada por el *Attorney General* reaganiano Edwin MEESE en su discurso programático de 1985. *Vid.* del propio SCHWARTZ el artículo que citamos en la nota siguiente, págs. 2 y ss.; la supuesta inconstitucionalidad estaría en la falta de control —sobre todo a través del *removal* discrecional— del Presidente sobre los miembros de los *Boards* o juntas gestoras de las Comisiones independientes. De SCHWARTZ es esta afirmación: «las Agencias de tipo ICC han sido una de las grandes contribuciones americanas a la ciencia política, precisamente porque permiten que las decisiones sobre una materia regulada sean tomadas independientemente del proceso político» (*The New Right*, cit. pág. 221).

¹² SCHWARTZ, «*Shooting the piano player*»? *Justice Scalia and Administrative Law*, en «Administrative Law Review», núm. 47, Winter, 1995, pág. 2. Entre las innovaciones que ha pretendido imponer el Tribunal REHNQUIST, tan determinado por la «Nueva Derecha», está, como ya hemos notado, revisar esta vieja Sentencia, aunque, no obstante los esfuerzos de SCALIA, aun no ha llegado a hacerlo, felizmente, pues hubiera supuesto una des-

Aquí, por cierto, está la explicación de las afirmaciones de los administrativistas americanos, a las que inmediatamente vamos a referirnos, sobre cómo el Derecho Administrativo propiamente tal se produce cuando ocurre una mixtura de poderes legislativos y judiciales delegados en una Agencia administrativa. Ha sido tal delegación el único sistema que ha podido imaginarse para escapar del único y desnudo principio de que el Ejecutivo es gobernado por el sólo arbitrio del Presidente y de los hombres de su equipo, lo que se entiende que implica, según los conceptos jeffersonianos que luego expondremos, su única responsabilidad electoral ante el pueblo.

Pues bien, sin más desarrollos, añadamos ahora que, sobre el suelo de ese tipo de Agencias administrativas independientes, la configuración actual del Derecho Administrativo norteamericano tiene un origen y una fecha perfectamente identificable, la *Federal Administrative Procedure Act* (APA, en adelante), de 1946. Esta Ley es ya categórica en admitir la justiciabilidad de los actos de la Administración en general (sin exigir, como la jurisprudencia que la precedió hizo constantemente, una determinación legal explícita en cada materia)¹³, aunque sin excluir la po-

trucción pura y simple de la Administración americana; a tanto llega el dogmatismo. Vid. el citado artículo de SCHWARTZ.

¹³ Aún en 1944 un juez del Tribunal Supremo tan calificado como FRANKFURTER decía en un voto particular: «No hay cosa parecida a un derecho común a la *judicial review* [contra la Administración] ante los Tribunales federales.» La Sentencia de que disintió fue *Start v. Wickard*, 1944, que fue la primera que dijo que el mero silencio de la Ley sobre la justiciabilidad de los actos administrativos de ejecución no implicaba «una denegación de que la persona agraviada pueda buscar tutela ante los Tribunales federales en ejercicio de su jurisdicción general». La APA, en su § 702 (esta Ley se cita por su texto codificado en el *United States Code*, Título V —aunque sus Secciones no son, curiosamente, correlativas—), declara que cualquier persona que sufra un agravio ilegal por la actividad de una agencia *is entitled to judicial review*; pero el final del artículo precisa que esto «no afecta a las limitaciones a la *judicial review* o a la jurisdicción del Tribunal para rechazar una acción o denegar protección a otras, por un motivo *appropri-*

sibilidad de cierre del acceso al proceso por normas singulares. Pero más aún: en esa idea de la justiciabilidad de los actos de la Administración la APA ha incluido de manera expresa, para evitar las anteriores argumentaciones, a los actos discrecionales.

El § 706 de la APA, en efecto, determina que el Tribunal que está conociendo de un asunto administrativo «debe decidir todas las cuestiones relevantes de Derecho, interpretar los preceptos constitucionales y legales y determinar el sentido o la aplicabilidad de los términos del acto de una Agencia», especificando, en particular, los siguientes vicios tipificables:

- «1) Compeler la actuación de la agencia suspendida o retrasada irrazonablemente; y
- 2) Declarar ilegal y eliminar la actuación de la agencia, sus determinaciones y conclusiones sobre la base de que sean
 - A) arbitrarias, caprichosas, un abuso de discrecionalidad o de otro modo no conformes con el Derecho;
 - B) contrarias a un derecho o a un poder, privilegio o inmunidad, de carácter constitucional;
 - C) en exceso de la competencia y atribuciones legales o de sus limitaciones, o que limite o reduzca un derecho dado por la Ley;

te legal or equitable». Vid. sobre esto SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3.^a ed., Boston, 1991, págs. 470 y ss.; en págs. 482-8, su fuerte polémica, ya, con el juez SCALIA que afirmó en un voto particular que no hay un principio general según el cual todas las violaciones constitucionales deban ser examinadas por los Tribunales, lo que SCHWARTZ califica de «herejía constitucional»; vid. más adelante sobre esta dura polémica SCHWARTZ-SCALIA. Hay que notar que la decidida tendencia hacia la *self-restraint* que ha marcado al Tribunal REHNQUIST, a la que luego aludiremos, ha vuelto a rehabilitar, sorprendentemente, la antigua doctrina de la exigencia de una determinación legal inequívoca para admitir la *judicial review* contra un acto de la Administración. Vid. la severa crítica de SCHWARTZ, *Apotheosis of Mediocrity? The Rehnquist Court and Administrative Law*, en «Administrative Law Review», 1994, págs. 168 y ss., así como también su artículo en la misma Revista 1994, *Administrative Law cases during 1993*, pág. 321.

- D) sin observar el procedimiento exigido por la Ley;
- E) no sostenida por la prueba sustancial [en ciertos casos que cita];
- F) injustificada por los hechos en la medida en que los hechos estén sujetos *de novo* al Tribunal».

Este excelente precepto parecería que habría debido acabar definitivamente con la vieja polémica sobre el control judicial de la discrecionalidad; pero, sin perjuicio de que en los años sesenta se progresase mucho en el tema del control judicial de la discrecionalidad ¹⁴, al final, en definitiva, hoy mismo, se ha producido un retroceso inesperado y sorprendente. Para poder explicarlo conviene recordar que han seguido pesando dos cosas: el principio *stare decisis*, que permite seguir invocando Sentencias anteriores a la APA, y la peculiaridad genuinamente americana de entender la división de los poderes.

Por de pronto, encontramos en un autor como Schwartz, tan ampliamente formado, de tan agudo criterio, que conoce perfectamente el Derecho Administrativo europeo ¹⁵, un planteamiento inicial del supuesto básico del Derecho Administrativo que nos deja perplejos: «El Derecho Administrativo ha crecido por la necesidad de que en nuestra moderna sociedad haya agencias administrativas dotadas de funciones legislativas y judiciales», citando una Sentencia que afirma lo siguiente: «La tradicional separación de poderes ha tenido que ceder a la vista de la necesidad de una regulación económica efectiva... El resultado es que las agencias administrativas tienen característicamente poderes legislativos y judiciales concentrados en

¹⁴ Juan José LAVILLA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de Reglamentos en EE.UU. de América*, Madrid, 1991, pág. 61.

¹⁵ Vid. mi artículo *The comparative work of Bernard Schwartz*, en «Annual Survey of American Law», New York University School of Law, 1988.

ellas». Y en otro lugar, sigue diciendo el mismo autor: «La más destacada característica de la agencia administrativa es su posesión de poderes legislativos y judiciales» ¹⁶

Esa afirmación no sería comprendida en ningún país europeo, sin duda por la tradición de la Administración regia (en el siglo pasado mantenida y reforzada por la doctrina del principio monárquico inserto en las monarquías parlamentarias), cuyos poderes no se explicaron nunca —ni los respectivos principios constitucionales permiten hacerlo hoy— como una excepción al principio de la división de los poderes.

Porque resulta que la asunción de poder legislativo es la explicación que se da al poder reglamentario. Más sorprendente aún para nosotros: se califican como «funciones judiciales» la potestad de la Administración de dictar actos de «adjudicación», que son actos administrativos impuestos imperativamente cuando el destinatario u otros afectados discrepan con la Administración o no están conformes con ella en cuanto a su contenido y alcance. Hasta tal punto el Derecho Público americano considera esta facultad administrativa de dictar decisiones imperativas, que para nosotros es la función administrativa más característica, como una facultad judicial, que una de las reglas más importantes de la APA, que ha reconfigurado desde hace casi cincuenta años toda la Administración federal (y, derivativamente, por su influencia, todas las Administraciones inferiores: Estados, entes locales, etc.), es que los funcionarios que tramitan y proponen resolver esos procedimientos administrativos de «adjudicación» son caracteri-

¹⁶ SCHWARTZ, *Administrative Law*, págs. 9 y 10, respectivamente. Así no nos sorprende que alguna vez se haya pretendido que «la estructura fundamental del sistema administrativo es inconstitucional», como nos informa (no es su opinión, por cierto) K. C. DAVIS, *Administrative Law Text*, cit., pág. 24. No está muy lejos, como veremos, la posición de la «Nueva Derecha».

zados como *Administrative Law Judges*, jueces de Derecho Administrativo (§ 3105), que tienen un estatuto cuasi-judicial de independencia e imparcialidad¹⁷. Por cierto, que he aquí otro caso espectacular de neutralización política de la Administración, análogo, aunque más riguroso, que el que hemos visto aparecer últimamente en Italia; es verdad que estos quasi jueces no resuelven definitivamente, pero sí proponen y aun dictan la *initial decision* (§ 557 de la APA), que está solo sometida a una alzada (*appeal*) ante la Agencia, que mantiene entera su libertad de decisión.

Uno de los conceptos básicos del Derecho Administrativo americano es el concepto de delegación, con el que se explica la atribución a los órganos administrativos de tales funciones legislativas y judiciales. El propio Schwartz dice que «la doctrina *ultra vires* es la base de nuestro Derecho Administrativo e implica que el poder de una Agencia está siempre circunscrito por la competencia otorgada por la Ley»¹⁸.

IV

En estas circunstancias, y dentro de ese marco general de encuadramiento, no sorprenderá el surgimiento de la

¹⁷ Dice así este precepto: «Todas las agencias nombrarán tantos *administrative law judges* como sean necesarios para tramitar los procedimientos exigidos por las Secciones 556 y 557 de este título. Los *administrative law judges* serán encargados de los casos por rotación tanto como sea posible y no podrán tener actividades contrarias a sus deberes y responsabilidades como jueces de Derecho Administrativo.» Incluso su sueldo no lo fija la agencia, sino la Oficina de *Personal Management*, «independientemente de las recomendaciones de la agencia», precisa el § 5372; también a esa Oficina corresponde suplir las vacantes (§ 3344); los nombrados como tales jueces están fuera del *spoils system* y se designan según el sistema del mérito (§ 1305): son los últimos, y bien importantes, preceptos de la APA.

¹⁸ SCHWARTZ, *Administrative Law*, pág. 478. Sobre el concepto general de «delegación», DAVIS, *Administrative Law Text*, págs. 26 y ss.

doctrina de la «deferencia» de los Tribunales a la Administración. Desde el siglo XIX¹⁹ y con un robustecimiento espectacular en el Tribunal reaganiano de 1985, con la Sentencia *Chevron*, se ha formulado una doctrina según la cual los Tribunales deben otorgar una especial «deferencia» a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control.

Recordemos que en cuanto a la apreciación de los hechos la tradición americana es que la *judicial review* sobre la Administración se configure como un *appeal*, apelación en el sentido angloamericano, que remite la apreciación de hechos al juez de primera instancia y se limita al control del Derecho (como la casación según nuestro sistema y como el arcaico sistema contencioso europeo del XIX —y español, hasta la Ley de la Jurisdicción de 1956—, según el sistema del «Ministro Juez»). Este criterio está robustecido de hecho por la circunstancia de que las Leyes reguladoras de cada materia (no hay una regulación general del recurso contencioso-administrativo uniforme en una normativa especial y común, como ocurre en Europa) atribuyen normalmente la *judicial review* inicial a las *Courts of Appeal* federales, que no hacen más que repetir en esta *review* sus hábitos enjuiciadores ordinarios como jueces de apelación, partiendo, pues, de la apreciación de hechos realizada por la Administración. Aunque hoy ese dogma tradicional no se mantiene tan rígidamente, sigue preponderando²⁰. Si se parte, pues, de un crédito casi en blanco

¹⁹ Vid. en el mismo sentido SCHWARTZ, *Administrative Law*, págs. 624 y ss. (epígrafe: «Alcance del control y deferencia») las referencias a la antigua jurisprudencia.

²⁰ SCHWARTZ, *Administrative Law*, págs. 632 y ss. «El alcance del control judicial ha sido basado casi enteramente sobre la distinción entre cuestión de *derecho* y cuestión de *hecho*», de la que se ha dicho que «es esencial para preservar la separación de poderes» (cita Sentencias de Tribunales federales recientes), explicada como «división de trabajo entre el juez y el ad-

a la Administración en cuanto a la apreciación de los hechos, o al menos del criterio de que la crítica de esa apreciación se limita a los elementos que puedan resultar del propio expediente, se comprende que esa «deferencia», enfáticamente proclamada desde *Chevron*, de los Tribunales también a las interpretaciones jurídicas que pueda hacer la Administración viene a arruinar, quizás en su parte substancial, la efectividad del control judicial de la Administración²¹.

ministrador», que tiene la ventaja de su pericia técnica (pág. 634). Pero la rigidez de esta conclusión se matiza admitiendo el control sobre el *fact-finding* o procedimiento de determinación de los hechos, que puede tildarse de caprichoso o irracional (pág. 636), así como por la regla de la *substantial evidence*, que es una matización de lo anterior, de modo que se enjuicia si la prueba es o no capaz de soportar razonablemente la conclusión de hechos de que ha partido la Administración: «si la búsqueda de los hechos en que se apoya la conclusión de la Administración está o no basada sobre la prueba sustancial» del expediente (pág. 637), en último extremo, de nuevo, el *test* de razonabilidad (pág. 640).

²¹ Así resulta reconocido en afirmaciones como ésta de los Profs. BREYER y STEWART (*Administrative Law and Regulatory Policy*, 1985, pág. 336, cit. por la traducción de EDLEY Jr. *Derecho Administrativo*, ya cit., pág. 140): «De los miles de Sentencias de los Tribunales federales que revisan anualmente acciones administrativas federales, sólo unas pocas invalidan la actuación por este motivo [de “arbitrariedad”, reconocida como un vicio de acto en el precepto de la APA que se transcribió *supra* en el texto]. Las partes que intentan persuadir a un Tribunal revisor de que la ponderación que entre varios factores ha realizado la Agencia es “arbitraria y caprichosa” deben estar preparadas para persuadir al Tribunal de que la decisión de la Agencia no tiene fundamento de ninguna de las maneras. Dada la calidad de quienes redactan las resoluciones administrativas, la competencia de los Abogados de la Administración y la probabilidad de las alegaciones de “pericia” de la Agencia, se trata de una carga difícil de levantar.» Donde está, verdaderamente, el núcleo del Derecho Administrativo americano es en el procedimiento administrativo precontencioso, y en el control judicial, bastante riguroso (*hard look*), de sus reglas. *Vid.* ya mi viejo estudio *Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano*, en «RAP», núm. 85, 1978, págs. 241 y ss. Un estudio primoroso sobre ello, J. J. LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los EE.UU. de América*, ya citado, donde se acredita un control sobre el procedimiento de elaboración de Reglamentos bastante superior al que es sólito entre nosotros. Digno de notar —y difícil de comprender— es que la política judicial de SCALIA se ha diri-

Pero vamos a considerar más de cerca esta doctrina de la deferencia, que es, ha notado Schwartz, con íntimo disenso, como veremos, la teoría iusadministrativa de esta hora²².

La deferencia hacia la Administración intenta explicarse inicialmente con argumentos pragmáticos más que teóricos: la deferencia es obligada, dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración, incomparable con la parvedad de medios de los Tribunales y su mucho trabajo; no es, por ello, la función del juez actuar como un superministerio o con «el celo de pedantes profesores»; la presión del gran trabajo y la multitud de materias de que deben de tratar unos Tribunales ordinarios que no están especializados; la vieja tradición, a la que ya hemos aludido, de *hands-off*, de manos fuera de los asuntos del Ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento; la idea de que ha habido una voluntad del Legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo, y, en fin, siempre, el principio de división de los poderes, de modo que, como ha dicho Thomas W. Merrill²³, «todo caso de interpretación de Ley se convierte en un caso de separación de poderes».

Esta tradición, nunca perdida desde el siglo XIX, será súbitamente reanimada por el Tribunal Rehnquist y por el predominio que en él llegan a alcanzar los jueces de ten-

gido también a liberar a las Agencias de las vinculaciones procedimentales (SCHWARTZ, «*Shooting the piano player*»? , cit., págs. 18 y ss.).

²² Así lo dice en dos artículos aparecidos en 1995: Su crónica *Administrative Law cases during 1994*, pág. 368 de la «*Administrative Law Review*» del verano de 1995 («*Chevron* continúa dominando el derecho de la *judicial review*»), y en su feroz ataque al juez SCALIA, que es el administrativista que domina el Tribunal Supremo, «*Shooting the piano player*»? , *Justice Scalia and Administrative Law*, ya citado, pág. 45: «*Chevron*, naturalmente, es la doctrina del Derecho Administrativo de esta hora.»

²³ T. W. MERRILL, *Textualism and the future of the Chevron doctrine*, en «*Washington University Law Quarterly*», núm. 72, Spring, 1994, pág. 362.

dencia abiertamente conservadora, que, nombrados sucesivamente por Reagan y por Bush, extreman los criterios de *self restraint*, o auto contención o freno judicial (concepto, por cierto, introducido por Frankfurter y otros jueces «liberales», que en su momento benefició a la legislación y a la Administración de Roosevelt y Truman), porque, como dice Charlow²⁴, «ejerciendo *restraint* los Tribunales respetan el papel y el territorio de las otras ramas o poderes del Estado». Los tres grandes temas de este Tribunal Rehnquist han sido, justamente, el «originalismo» o interpretación de la Constitución y de sus Enmiendas por la «intención original» de los constituyentes, desde la cual han pretendido de-constitucionalizar todas las libertades, enfatizadas especialmente por el Tribunal Warren, que no están proclamadas literalmente en las Enmiendas Constitucionales (que son, como es sabido, las que recogen el *Bill of Rights* americano); el «textualismo» o literalismo estricto en la interpretación de las Leyes y, en fin, la «deferencia», no sólo respecto de las Leyes (especialmente las de Reagan y Bush, claro), sino también respecto del Ejecutivo (se puede hacer, y no se privan de decirlo los autores americanos, la misma precisión).

No voy a detenerme en esa apasionante experiencia de la pugna en el seno del Tribunal Supremo entre los jueces liberales y los conservadores²⁵; éstos parecieron alcanzar

²⁴ Robin CHARLOW, *Judicial review, equal protection and the problem with plebiscites*, en «Cornell Law Review», núm. 79, 1994, pág. 574.

²⁵ El lector español puede encontrar una referencia bastante precisa en la excelente exposición de una de esas batallas (que llegó a ser paradigmática), cuando el Senado rechazó al juez designado para el Tribunal Supremo por REAGAN, BORK, que ha hecho Miguel BELTRÁN, *Originalismo e interpretación. Dworkin versus Bork: Una polémica constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989. La bibliografía que puede ofrecerse es muy abundante. Por todos, remitiré a dos obras especialmente lúcidas y vibrantes en la defensa de las concepciones liberales: Leonard W. LEVY, *Original Intent and the Framers' Constitution*, Nueva York, 1988, y de nuevo a SCHWARTZ, en su libro *The New Right and the Constitution. Turning back the legal clock*,

en un momento la mayoría absoluta, aunque últimamente el Presidente Clinton ha tenido la oportunidad de designar dos nuevos jueces, lo que ha permitido restaurar, junto con

Boston, 1990. También D. G. SAVAGE, *Turning Right: the making of the Rehnquist Supreme Court*, Nueva York, 1992. Hay que decir que el Tribunal Supremo está hoy en un momento gris (y aun negro en algunos puntos, como podremos ver) de su historia, aunque el Presidente CLINTON ha tenido ocasión ya de designar dos jueces, por cierto, uno un administrativista, Stephen BREYER (vid. la alegría y la esperanza de SCHWARTZ ante este nombramiento para corregir «la balanza del Derecho Administrativo, excesivamente inclinada hoy en favor del poder gubernamental», en *Administrative Law Cases during 1994*, ya cit., pág. 355). Un autor inglés ha llamado a REHNQUIST *The Court's Mr. Right*, el Sr. Derecha del Tribunal (cita de SCHWARTZ, «*Shooting the piano player*»? pág. 56). Vid. la evolución general de este Tribunal en la excelente *A History of the Supreme Court*, 1993, del propio SCHWARTZ, ya citada, págs. 362 y ss. REHNQUIST declaró nada más tomar posesión de su cargo que iba a intentar rectificar las tesis proclamadas por el Tribunal WARREN (*A History*, pág. 364); tiene, además, nos recuerda SCHWARTZ, problemas de salud psíquica (pág. 365) (cita una carta a uno de los jueces del Tribunal —material que se incorpora al expediente y que es consultable por los investigadores— de 1977 en la que le dice que una reacción adversa a otra carta de dicho juez había sido «parcialmente inducida por la insistencia de mi médico en que tome valium cuatro veces al día»). Sobre la personalidad de REHNQUIST informa (con un amplio resumen de los *hearings* o audiencias ante el Senado con ocasión de su designación por NIXON como juez del Tribunal en 1971 y como Presidente por REAGAN en 1986) ampliamente el libro de Sue DAVIS, *Justice Rehnquist and the Constitution*, Princeton University Press, 1989. Participó en la campaña presidencial de GOLDWATER en 1964 y antes aún fue un abogado activista del partido republicano de 1958 a 1966 que se dedicó a acosar, intimidar e interferir a negros e hispanos para que no votasen; incluso declaró públicamente ante el Ayuntamiento de una ciudad: *I am opposed to all civil rights laws* (soy opuesto a todas las Leyes de derechos civiles, S. DAVIS, pág. 6). Impresionan las palabras con las que el Senador Edward KENNEDY cerró su intervención oponiéndose en el Senado al nombramiento de REHNQUIST en 1986 como *Chief Justice*, describiendo la imagen de «la América de REHNQUIST»: «Las escuelas de América continuarían segregadas. A millones de ciudadanos se les negaría el derecho de voto bajo escandalosas leyes de ordenación de distritos electorales (*apportionment*). Las mujeres serían condenadas a tener un status de segunda categoría como americanos de segunda categoría. Los palacios de justicia se cerrarían a las acciones individuales contra las brutalidades de la policía y contra los abusos del Ejecutivo, incluso para la prensa. El Gobierno adoptaría una religión y el muro de separación entre la Iglesia y el Estado caería en ruinas. Las mayorías que gobiernen los Estados y las entidades locales nos dirían qué es lo que podemos leer, cómo conducir

la evolución moderada de tres de los jueces designados por Reagan y por Bush, un cierto equilibrio.

La doctrina de la deferencia se identifica hoy, como ya he notado, con la Sentencia *Chevron v. Natural Resources Council* de 1984, aunque sus precedentes se remontan al siglo XIX; se citaba un precedente como *leading case* anterior, la Sentencia *Gray v. Powell* de 1941²⁶. El juez Scalia, que no participó en la Sentencia porque no fue nombrado hasta un año después, ha dicho que la Sentencia *Chevron* es la más importante decisión de Derecho Admi-

nuestras vidas privadas, si hemos de tener niños y cómo traerlos al mundo, en qué clase de personas debemos convertirnos. Tal resultado sería una retirada radical e inaceptable de las protecciones que los americanos disfrutaban hoy, y nuestra Constitución pasaría a ser un documento disminuido en un país disminuido.» Todos estos datos (la frase de KENNEDY, en pág. 208) los toma S. DAVIS de los *hearings* del Senado. Para comprender algunas de estas graves palabras debe partirse del hecho de que la eliminación como derechos constitucionales de todos los que no estén en el texto literal de la Constitución y sus Enmiendas dejaría a la libertad de decisión de los Estados, y aun de los entes locales, temas tales como la no segregación racial o entre sexos, la configuración de distritos electorales, los derechos procesales de los inculpados penales, el control de la natalidad y el aborto, la *privacy*, la libertad religiosa. A esto, por cierto, que implica entregar a las mayorías locales y de los Estados la decisión sobre contenidos esenciales de la libertad (constitucionalizados por el Tribunal Supremo los cincuenta años precedentes), es a lo que llaman REHNQUIST y los suyos «federalismo». Cfr. S. DAVIS, cit., págs. 135 y ss. y 205 y ss. La «contra-revolución» liberal tan temida no ha llegado a consumarse, sin embargo, por el paso a una posición moderada de tres de los jueces nombrados por REAGAN y BUSH, concretamente O'CONNOR, SOUTER y A. KENNEDY. Vid. B. NEUBORNE, *El papel de los juristas y del imperio de la Ley en la sociedad americana*, trad. esp., Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, págs. 147 y ss.

²⁶ Vid. la exposición de SCHWARTZ, *Administrative Law*, págs. 696 y ss. Su aplicación más famosa fue el conocido caso *Hearst* (dos Sentencias: una de 1994 —*NLRB v. Hearst Publications*— y la segunda de 1946 —*Hearst Publications v. United States*—), sobre un tema laboral. El Tribunal, en su primera Sentencia, dijo que «cuando la cuestión es la específica aplicación de un concepto legal amplio o general... la función de control de los Tribunales es limitada... la determinación por la Administración de que ciertas personas son "empleados" en el sentido de la Ley debe ser aceptada si tiene justificación en el expediente y una base razonable en Derecho».

nistrativo desde hace muchos años²⁷ y ha pasado a ser su partidario más resuelto, haciendo de ella la doctrina central de este Derecho.

En el caso *Chevron* se trataba de enjuiciar unas regulaciones hechas por la *Environmental Protection Agency*, según las cuales se podía tratar a las distintas instalaciones que emiten materias que polucionan el medio ambiente de un mismo grupo industrial como si estuvieran incluidos en la misma *bubble* (literalmente burbuja, pero con la significación de bloque o conjunto). El Tribunal de instancia calificó ese concepto de *bubble* como contrario a la Ley (*Clean Air Act*), que no definía tal concepto ni hacía tampoco explícito lo que había que entender por «fuentes fijas» de emisión. El Tribunal Supremo anuló la Sentencia. Según la Sentencia anulatoria, cuando un Tribunal establece que el Congreso al hacer la Ley no ha precisado directamente la cuestión que se está enjuiciando, el Tribunal no puede imponer simplemente su propia interpretación de la Ley. «Más bien —y ésta es la almendra de la Sentencia— si la Ley guarda silencio o es ambigua con respecto a la materia específica de que se trata, la cuestión para el Tribunal es si la determinación de la Agencia administrativa está basada en una interpretación permisible de la Ley». Así,

²⁷ SCALIA, *Judicial deference to administrative interpretation*, en «*Duke Law Journal*», 1989, págs. 511 y ss. SCALIA ha pasado a ser como veremos, el más entusiasta partidario de la doctrina *Chevron*: MERRIL, *Textualism*, cit. pág. 352. M. HERZ, *Textualism and Taboo: interpretation and deference for Justice Scalia*, en «*Cardozo Law Review*», 1991, pág. 1663. Se ha hablado de una «era post-Chevron» (así, K. W. STARR, *Judicial Review in the post-Chevron Era*, en «*Yale Journal on Regulation*», 1986, pág. 283; C. R. SUNSTEIN, *Law and Administration after Chevron*, en «*Columbia Law Review*», 1990, pág. 2071). En su durísimo y extenso artículo contra el juez SCALIA y sus ideas de Derecho Administrativo, SCHWARTZ dice: «El gran tema en la teoría del Derecho Administrativo de SCALIA es la de la deferencia hacia la autoridad administrativa»: pág. 18 de su artículo «*Shooting the piano player?*» *Justice Scalia and Administrative Law*, ya citada, págs. 1 y ss. De SCALIA dice NEUBORNE, *El papel de los juristas*, cit., pág. 146, que es «un conservador convencido de la línea dura».

una vez que el Tribunal inferior había establecido que el Congreso no había tenido ninguna intención en relación con el concepto de *bubble*, la cuestión que tiene que resolverse no es si este concepto es o no «inapropiado», sino si la idea de la Agencia de que tal concepto era apropiado para aplicar la Ley es o no razonable. Si el concepto utilizado por la Agencia es una elección política razonable, esa elección debe imponerse al Tribunal: éste debe, pues, otorgar «deferencia» a la interpretación de las Leyes que hace la Administración salvo que pueda demostrarse que es irrazonable o absurda. «Un Tribunal —sigue diciendo la Sentencia— no puede sustituir con su propia interpretación de un precepto legal la interpretación hecha por el Administrador de una Agencia».

Esta doctrina es repetida varias veces todos los años. Así, Sentencia *Stinson v. United States*, 1993: «Según *Chevron*, si una Ley no es ambigua [sobre el problema debatido], es la Ley la que decide; sin embargo, si el silencio o la ambigüedad del Congreso ha dejado un espacio para que la Agencia lo rellene, los Tribunales deben otorgar deferencia a la interpretación de la Agencia»²⁸. Obsérvese que el silencio o la ambigüedad de la Ley se interpreta en el sentido de «dejar un espacio para que la Agencia lo rellene», lo cual parece un considerable salto dialéctico, que excede ya de la estricta doctrina *Chevron* inicial. (Según nuestro instrumentario conceptual —en la primera parte de este libro, § XVI—, tal «ambigüedad» se calificaría normalmente de concepto jurídico indeterminado, el cual no apodera a la Administración de un poder discrecional, como sabemos.)

Pero aún se llega a más: la posibilidad de poner en duda esa deferencia inicial y de principio a la Agencia sólo pro-

²⁸ Cit. por SCHWARTZ, *Administrative Law cases during 1993*, en «*Administrative Law Review*», 1994, pág. 326.

cedería si existen *compelling indications*, indicaciones compulsivas o imperiosas en contra²⁹. No basta ya con que «la prueba pueda apoyar una conclusión distinta, sino que debe compeler» forzosamente a ésta para ser atendible³⁰. Concluye Schwartz: «Se trata de una carga que muy pocos recurrentes serán capaces de levantar»³¹.

Técnicamente se ha puntualizado que la doctrina *Chevron* obliga al juez a seguir dos pasos (*two-step inquiry*). El primer paso le obliga a examinar la Ley de cuya aplicación se trata; si concluye que su sentido es claro para resolver el caso cuestionado, esto le obligará a contrastar ese sentido con el que propugna la Administración y el problema termina ahí. Pero si el juez concluye que el sentido de la Ley es ambiguo, esto es, que en su texto no resulta inequívocamente una solución precisa para la cuestión planteada, entonces debe adentrarse en el segundo paso, que consiste en dar deferencia a la interpretación que haya hecho la Administración, siempre que no sea abiertamente irrazonable³².

Parece claro que ese singular criterio es, por una parte, una consecuencia de la aplicación del principio interpretativo literalista estricto de las Leyes³³; por otra, una

²⁹ SCHWARTZ, *ibidem*, pág. 327. Son palabras de sentencias de jueces federales, como las referidas en la nota siguiente.

³⁰ SCHWARTZ, pág. 328.

³¹ SCHWARTZ, *ibidem*.

³² MERRIL, *Textualism*, pág. 351. Esta mecánica de los «dos pasos» está ya recogida en Sentencias de los Tribunales federales que cita SCHWARTZ, *Administrative Law Cases during 1993*, cit., pág. 326.

³³ El literalismo es, justamente, uno de los más característicos criterios del Tribunal REHNQUIST y la doctrina de base de SCALIA, que le lleva incluso a presentar votos particulares en las Sentencias en que se invocan otros criterios interpretativos, incluso los precedentes legislativos: *vid.* MERRIL, págs. 364 y ss. SCALIA ha expresado sin ambigüedad este criterio interpretativo de la forma más extrema: Las «dudas interpretativas deben de ser resueltas por el instrumento judicial mediante la finalidad o intención tomada en consideración por el cuerpo legislativo en el tiempo de su promulgación» (cit. por SCHWARTZ, «*Shooting the piano player?*», pág. 46). Fuera de esa in-

aplicación de la concepción americana de la división de los poderes, que proclama la necesidad de que los distintos poderes respeten sus respectivas esferas de actuación, perspectiva desde la cual no duda en interpretarse el silencio o la imprecisión de la Ley nada menos que como una delegación que el Legislativo hace al Ejecutivo para que la aplique como él entienda oportuno³⁴. O, en términos litera-

tación, como precisa la doctrina de la deferencia, la Administración dispone de un poder discrecional, como veremos enseguida en el texto. Este literalismo sostiene las convicciones «originalistas» en la interpretación de la Constitución. Una muestra verdaderamente espectacular de este criterio puede verse en la reciente contribución del juez SCALIA al vol. colectivo ed. por Eiwind SMITH, *Constitutional Justice under Old Constitutions*, La Haya, 1995, con el título *Modernity and the Constitution*, págs. 313 y ss. Este libro recoge las aportaciones de la conferencia internacional organizada en Oslo sobre el tema de su título en septiembre de 1992, en la cual todos los participantes utilizaban el concepto de «Constitución evolutiva»; SCALIA repudia con toda energía el concepto mismo como opuesto a la idea de Constitución, cuya finalidad, dice, es consagrar como inmutable un cierto Derecho básico; los jueces constitucionales no son filósofos o superhombres que puedan suplir las determinaciones del poder constituyente o de las mayorías reforzadas que se requieren para la revisión constitucional; crítica activamente la obra del Tribunal Supremo americano anterior a REHNQUIST, aunque los juristas europeos hayan admirado esa obra de hacer evolucionar la Constitución, y concluye: «Temo que la jurisprudencia constitucional americana ha sido culpable de la propagación universal de un error honesto pero rotundo» (pág. 318). En el mismo volumen, el artículo de la profesora americana Maeva MARCUS: *The Founding Fathers, Marbury vs Madison - And so what?*, págs. 49-50, concluye así: «En el transcurso de casi 200 años, creo que es obligado decir que el Tribunal Supremo ha efectuado la acomodación del texto constitucional a los tiempos cambiantes y a las exigencias políticas de manera tan diestra y certera que es imposible imaginar que el Gobierno americano existiese sin la institución de la *judicial review*.» ¿Cómo puede dudarse de que esto es así, en efecto? —me atrevo a preguntar yo mismo.

³⁴ Así expresamente SCALIA en su artículo ya citado, *Judicial deference to administrative interpretation of Law*, pág. 512: cuando el «Congreso no tiene una voluntad o intención sobre la materia, esto significa que deja su resolución a la agencia»; «en caso de ambigüedad, esto significa discrecionalidad para la agencia». Y en la correspondencia a que se refiere la nota siguiente es aun más explícito: «Allí donde la materia se ha dejado ambigua, hay que presumir que el Congreso ha dejado la resolución de la ambigüedad en manos de la Agencia a la que ha encargado la ejecución de la Ley» (SCHWARTZ, «*Shooting the piano player*»? pág. 48). Notable presun-

les de Scalia, en un voto particular de 1987³⁵, que pone muy bien en relación esos dos principios de *Chevron*: «Los Tribunales deben dar todo su efecto a una interpretación razonable de una Ley, a menos que tal interpretación sea incompatible con una intención claramente expresada por el Congreso», en el propio texto legislativo.

Aquí, como se ve, se da todavía un paso más avanzado. La cota de la posibilidad de control se eleva progresivamente: ya no bastaría siquiera con tener que demostrar que la interpretación que ha hecho la Administración en el caso de silencio legal es irrazonable, ni que no existen «razones compulsivas o imperiosas» que la desautoricen: habrá que demostrar aún que tal interpretación contradice la «intención claramente expresada por el Congreso», lo cual, como se comprende, dada la riqueza de la casuística y el esquematismo de las Leyes actuales, cae ya virtualmente en la imposibilidad absoluta.

Hay, además, y antes que eso, una objeción de principio, que ha acertado a exponer con toda simplicidad un libro importante, el de Cass R. Sunstein, *After the Rights Revolution*³⁶: «Un principio cardinal del constitucionalismo

ción, ciertamente. Remitimos a nuestra exposición anterior (primera parte de este libro, § XVI) sobre la significación de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por las leyes.

³⁵ Que cita SCHWARTZ, «*Shooting the piano player*»? pág. 47. SCHWARTZ maneja aquí (como a lo largo de todo su impresionante artículo, con más de 500 notas) la correspondencia entre SCALIA y el juez STEVENS (ponente de la Sentencia mayoritaria) discutiendo del caso, correspondencia que se archiva con los autos y que es accesible a los estudiosos, en una muestra realmente extraordinaria de la publicidad de la justicia en EE.UU.

³⁶ Cass R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, pág. 224. «La posición de *Chevron* es demasiado basta. Trata las ambigüedades como equivalentes a delegaciones otorgadas por el poder legislativo; ambos conceptos son muy diferentes. Aún más fundamental. La regla *Chevron* es inconciliable con el sistema constitucional» —y sigue la frase transcrita en el texto.

americano es que aquellos que están limitados por el Derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de *Chevron* rompe este principio al permitir a las Agencias interpretar el Derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente».

V

El peso singular del principio de la división de poderes como fundamento de la doctrina de la deferencia es claro; es, verdaderamente, su justificación esencial y última.

Jefferson, que fue uno de los padres fundadores más prestigiosos de la Constitución, expresaba ya en 1804 a John Adams, sin la menor ambigüedad: «Nada en la Constitución ha dado a los jueces un derecho para decidir sobre el Ejecutivo, como tampoco al Ejecutivo para decidir sobre ellos. Ambas magistraturas son igualmente independientes en las esferas de acción respectivamente asignadas a cada una... La Constitución quiere que los poderes coordinados se contrapongan y balanceen entre sí. Pero la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no sólo en su propia esfera de acción, sino también en las del Legislativo y el Ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico»³⁷.

Más tarde, en 1820, el propio Jefferson insistió con la misma convicción en la tesis de que el Ejecutivo no podía

³⁷ Cit. por la obra de FREUND, SUTHERLAND, HOWE, BROWN, *Constitutional Law. Cases and other Problems*, 4.ª ed., Boston, 1977, págs. 13-14. *Vid.*, en general, sobre las ideas de JEFFERSON sobre la división de los poderes. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967, págs. 164 y ss.

ser controlado por los Tribunales, sino sólo por los electores: «Cuando los agentes del Legislativo o del Ejecutivo actúan inconstitucionalmente son responsables ante el pueblo en su capacidad electoral. No sé que haya depositario más seguro de los poderes últimos de la sociedad sino el pueblo mismo; y si no lo consideramos suficientemente ilustrado para ejercer su fiscalización con tal discreción, la solución no consiste en arrebatársela, sino en inculcarle discreción mediante la educación. Este es el verdadero correctivo de los abusos del poder constitucional»³⁸. He aquí, nítidamente expuesta, la tesis de la injusticiabilidad de los poderes democráticamente elegidos, en toda su crudeza.

El juez Story, ante esa posición radical, comunicó epistolarmente al juez Marshall que Jefferson «niega en los términos más directos el derecho de los jueces a decidir cuestiones constitucionales... y trata de establecer que el pueblo es el único juez cualificado de las violaciones de la autoridad constitucional y mediante cambios en el curso de las elecciones es el único competente para aplicar el debido remedio»³⁹.

Aquí está claramente enunciado cómo se plantea el ámbito de la *judicial review*: frente a un sistema que pretende limitar el control sobre el Legislativo y el Ejecutivo únicamente al pueblo, mediante el sistema electoral, lo que defienden Story y Marshall es, simplemente, que a los jueces toca decidir «las cuestiones constitucionales». Obsérvese bien: no toda la actividad del Legislativo, ni tampoco toda

³⁸ Tomo la referencia de M. ARAGÓN, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, 1995, pág. 32 con una ligera corrección de estilo.

³⁹ Cit. también por ARAGÓN, *ibidem*. Pero el mismo MARSHALL había dicho en su paradigmática y solar Sentencia *Marbury v. Madison*, 1803: «Por la Constitución de los EE.UU. el Presidente ha sido investido con ciertos poderes políticos importantes en el ejercicio de los cuales es dejado a su propia discreción y es responsable solamente ante su pueblo en su carácter político, así como ante su propia conciencia.»

la actividad del Ejecutivo; simplemente, las cuestiones que atañen a la defensa de la Constitución. El intento de controlar toda la actividad del Ejecutivo, desde el criterio de su respeto general a la legalidad, no se plantea, sencillamente, acaso porque los EE.UU. no conocen entonces el sistema general de legalización de toda la actuación del poder que se hizo familiar para los europeos desde el siglo XIX⁴⁰. El nivel de control judicial que se ve posible es únicamente el referente a la observancia de la Constitución, único punto en que el poder judicial pretende tener una competencia de principio; en todo el resto en que la Constitución no está en cuestión, rige el principio de autonomía del Ejecutivo, como poder autónomo que es, sin otro control que el de las elecciones democráticas de sus titulares⁴¹.

Esto es lo que resulta, justamente, del principio de división de los poderes, según la interpretación americana (en su formulación jeffersoniana extrema, o en su corregi-

⁴⁰ Remito a mi libro *La lengua de los derechos*, cit., especialmente págs. 145 y ss.

⁴¹ En la misma Sentencia *Marbury v. Madison* se dice de forma explícita: «El ámbito de competencia de este Tribunal es, exclusivamente, decidir sobre los derechos de los individuos, no investigar cómo el Ejecutivo o los agentes del Ejecutivo cumplen sus deberes confiados a su discreción. Cuestiones de naturaleza política, o que son, por la Constitución y las Leyes, sometidos al Ejecutivo, no pueden ser nunca decididas por este Tribunal.» Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo no tiene, como los Tribunales Constitucionales europeos actuales, únicamente funciones de defensa de la Constitución, sino la función judicial entera, de la que es la cúpula, de toda la Federación. «Los derechos de los individuos» son, pues, normalmente, los que resultan del Derecho civil y penal, únicos Derechos conocidos hasta el XIX; en el Derecho Público esos derechos son únicamente los derechos constitucionales o fundamentales; no se concibe siquiera otra materia justiciable. Lo que no cubre, obviamente, es lo que llamamos la legalidad de la Administración, algo completamente nuevo respecto a la tradición del *common law* y que en Europa entra por la vía de la idea revolucionaria, aunque acogida por todas las Monarquías semiautocráticas del XIX, del «reino de la Ley», según he expuesto en el cit. libro *La lengua de los derechos*.

da versión marshalliana). Una famosa Sentencia de 1881, la *Killbourn v. Thomson* lo expresa categóricamente:

«Es esencial al funcionamiento positivo de este sistema que las personas a que se ha confiado el poder en cualquiera de estas ramas o poderes no se inmiscuyan en los poderes confiados a los otros, sino que cada uno según el derecho de su creación se limite al ejercicio de los poderes apropiados a su propia esfera y no a la de los otros»⁴².

Estos conceptos resuenan en parecidos términos a lo largo de toda la historia constitucional y jurisprudencial americana. Y corresponden, sobre todo, a la concepción jeffersoniana, que no es, en definitiva, la que prevaleció en toda su amplitud en la Constitución de 1787, pero que ha mantenido su capacidad de influencia en su desarrollo de manera periódica. Jefferson expresó que «cada uno de los poderes debe tener igual derecho para decidir por sí mismo lo que significa la Constitución en los casos sometidos a su decisión». La «*judicial review is a very dangerous doctrine indeed*», la idea del control por los jueces de los otros poderes, es muy peligrosa en verdad⁴³. El Presidente Jackson (llamado *the King Andrew*, el rey Andrés) fue un abanderado de esta concepción, que repitió varias veces en sus mensajes a las Cámaras en 1832 y 1834. Suya es esta expresión: «La opinión de los jueces no tiene más autoridad sobre el Congreso que la opinión del Congreso sobre los jueces y en este punto el Presidente es independiente de los dos. La autoridad del Tribunal Supremo no puede permitirse por ello que controle al Congreso o al Ejecutivo»⁴⁴.

⁴² Cit. por DAVIS, pág. 23.

⁴³ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, cit., pág. 165.

⁴⁴ VILE, *Constitutionalism*, pág. 173. SCHWARTZ, *A history of the Supreme Court*, pág. 71. Son los términos del famoso mensaje al Congreso de 1832 sobre el veto de la Ley bancaria, redactada, como ya sabemos, por TANEY, que fue nombrado poco después Presidente o *Chief Justice* del Tribunal Supremo.

Con cierto asombro, tras la espectacular y ejemplar afirmación histórica de la jurisdicción del Tribunal Supremo sobre las Leyes, modelo para todo Occidente, volvemos a oír de nuevo hoy esa vieja concepción, reavivada por la «Nueva Derecha judicial» que se impuso con el reaganismo, concepción extendida ahora resueltamente sobre los actos del Ejecutivo. Es lo que Schwartz ha llamado «la marcha atrás, el retroceso del reloj jurídico»⁴⁵.

Si repasamos brevemente las justificaciones recientes de la doctrina de la deferencia encontramos exactamente esas ideas. Así, para utilizar un autor que ya hemos citado, T. W. Merrill, dice que «está seguro de que la práctica de consultar y dar deferencia a la interpretación [del Derecho] que hagan las agencias ejecutivas es, en general, deseable», porque «permite que la política sea hecha por actores que son políticamente responsables», y porque la Administración cuenta con conocimientos especializados, con flexibilidad, unifica interpretaciones unitarias en toda la nación, etc. Pero no acepta, sin embargo, que todo eso pueda explicarse por la convencional teoría de la delegación implícita del Legislativo al Ejecutivo, como ha pretendido *Chevron*. Hay que pensar, indica Merrill, la obligación de deferencia «en términos de precedentes interpo-

⁴⁵ B. SCHWARTZ, *The New Right and the Constitution. Turning back the legal clock*, ya citado, especialmente págs. 190 y ss. (*turning back the Administrative Law Clock*). Los que llama «juristas de la Nueva Derecha» han transformado completamente nuestro Derecho Público», así, rotundamente. Han sustituido a la concepción liberal que había dominado a partir de los años treinta hasta ahora. La formulación inicial del ideario de esa «Nueva Derecha» jurídica está, seguramente, en la famosa conferencia del Attorney General Edwin MEESE a la «American Bar Association» en 1985. MEESE y BORK singularizaron la entrada en debate de esta «nueva escuela de pensamiento». Vid. en nuestra bibliografía el agudo libro de Miguel BELTRÁN, *Originalismo e interpretación*, ya cit. La tesis se nutre, además, del influjo en el Derecho del economismo liberal («teoría económica del Derecho»), cuyo representante más extremado es Richard POSSNER, nombrado juez federal por REAGAN, hombre de calidad indudable, cuyas Sentencias son casi manifiestos.

deres» en la interpretación de la Constitución, exactamente como se da deferencia al precedente judicial⁴⁶. La idea de equivalencia del Ejecutivo con el Judicial en la interpretación constitucional y del Derecho no puede estar más clara.

Si acudimos a otro trabajo también ya utilizado, el de Robin Charlow⁴⁷, se hace igualmente manifiesto el apoyo de la doctrina de la deferencia en esa concepción de la separación mecánica de la división de poderes. «La aquiescencia [por el juez] a los actos de otras ramas del Gobierno (= poderes) intenta asegurar, entre otras cosas, que el poder permanezca dividido entre varios órganos o cuerpos, de modo que ninguna rama singular llegue a ser demasiado dominante o tiránica». Tampoco sería cierto que el poder judicial sea el único que deba encargarse de la observancia de la Constitución. «Todos los miembros de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación y de los Estados han prestado el mismo juramento de lealtad a la Constitución»; «por esta razón se arguye que los Tribunales deben dar deferencia a las determinaciones de constitucionalidad que implícitamente hacen las otras ramas del Gobierno (= poderes) cumpliendo con su juramento»⁴⁸. «La separación de poderes está para prevenir la tiranía», para que «ninguno llegue a ser omnipotente sobre los otros»⁴⁹. Etc.

⁴⁶ MERRILL, *Textualism and the future of the Chevron doctrine*, pág. 374, y remite a otro artículo suyo anterior *Judicial deference to Executive precedent*, en «Yale Law Review», 1992, pág. 1002, que no he consultado.

⁴⁷ R. CHARLOW, *Judicial review, equal protection and the problem with plebistiscites*, cit., pág. 575. Las autoridades que cita en su nota 183 y en las anteriores y siguientes son inequívocas. Entre esas citas figura una de un trabajo de THAYER publicado en la «Harvard Law Review» de 1893, donde se lee: «Los Tribunales no deben revisar la obra de las ramas (= poderes) coordinadas del Gobierno... y no deben actuar, a menos que la inconstitucionalidad de la acción de otra de las ramas o poderes sea clara.»

⁴⁸ CHARLOW, *Judicial*, págs. 577-8.

⁴⁹ CHARLOW, *Judicial*, pág. 580. REHNQUIST ha mostrado siempre una especial «devoción a la idea de los poderes del gobierno nacional estricta-

VI

Esta posición de base tiene una manifestación especialmente relevante cuando se trata de enjuiciar los actos, no ya de las Agencias, sino del Presidente mismo. En uno de sus lúcidos comentarios anuales de jurisprudencia, Schwartz daba al epígrafe en que estudiaba este tema un título expresivo, que remueve, además, el fondo revolucionario subyacente a la Constitución americana: ¿es el Presidente un «Rey por cuatro años»? ⁵⁰. En dos Sentencias capitales *Franklin v. Massachusetts*, 1992, y *Dalton v. Specter*, 1994, el Tribunal Supremo acaba de decir que los actos del Presidente no son judicialmente revisables desde la perspectiva de la APA porque el Presidente no es una «Agencia» en el sentido de esa Ley. Y aun fuera de esa Ley, añade, los actos del Presidente no son revisables a menos que se ataquen desde el punto de vista de su constitucionalidad; una «simple» infracción de la Ley no destruye esa inmunidad.

El Tribunal de instancia había anulado (Sentencia *Dalton*) el acto del Presidente Bush que clausuró la base naval de Philadelphia porque entendía que el Presidente había excedido las facultades que le daba la Ley aplicada, apuntando, a la vez, que ese exceso violaba por sí mismo el principio de separación de poderes. El Tribunal Supremo no está conforme con esa decisión y revoca la Sentencia de instancia, observando que la actuación en exceso de la competencia atribuida por la Ley (exceso que no discute) no es *ipso facto* una violación de la Constitución, diciendo literalmente: «Cuando una Ley como la de 1990 [del caso]

mente separados», observa S. DAVIS, *Justice Rehnquist*, cit., pág. 26, con cita de Sentencias en que él fue ponente.

⁵⁰ SCHWARTZ, *Administrative Law cases during 1994*, 1995, ya cit. pág. 364.

atribuye una decisión a la discreción del Presidente, la *judicial review* contra la decisión del Presidente no es admisible». Afirmación rotunda, además de contradictoria abiertamente si resulta que el límite diseñado por la propia Ley que ha otorgado tal atribución al Presidente ha sido transgredido por éste.

Según Schwartz, estas dos Sentencias *Franklin* y *Dalton* constituyen «el punto más bajo» de una «efectiva inmunización del Presidente respecto a la *judicial review*». Frente a la objeción de que esta doctrina virtualmente repudia *Marbury v. Madison* y dos siglos de justicia constitucional, el Presidente Rehnquist, que fue el ponente de *Dalton*, replica en la propia Sentencia: «El poder judicial de los EE.UU. conferido por el art. III de la Constitución se sostiene seguramente tanto eliminando la tutela judicial donde el Congreso ha permitido que se excluya, como concediendo dicha tutela judicial cuando la autorizan la Constitución o las Leyes». Comenta Schwartz: «En otras palabras, la abnegación judicial frente a una acción contra el Ejecutivo por exceso en la delegación confirma el *rule of law* tanto como la afirmación del poder de control atribuido por el art. III. ¡Orwell! «Tú debías vivir en esta hora»» ⁵¹.

⁵¹ SCHWARTZ, *Administrative Law cases during 1994*, pág. 365-6. La frase entrecomillada es una cita de un poema de WORDSWORTH, dirigida a MILTON. Hasta ahora, recuerda SCHWARTZ, la clásica proclamación del *rule of law* estaba en la Sentencia *United States v. Lee*, de 1882, que dice: «Ningún hombre en este país está tan alto que esté por encima del Derecho. Todos los agentes del Gobierno, desde el más alto al más bajo, son criaturas del Derecho y están obligados a obedecerle.» Sólo en la vieja Inglaterra, recordaba esta Sentencia, «el monarca es contemplado con demasiada reverencia para estar sujeto a las exigencias del Derecho». Con estas dos Sentencias *Franklin* y *Dalton*, concluye SCHWARTZ, «hemos alcanzado la situación declarada hace más de un siglo por un autor, SEWARD: «elegimos un Rey por cuatro años». También el autor recuerda una frase de NIXON: «Cuando el Presidente lo ha hecho, eso significa que no es ilegal.»

Aquí la deferencia se ha tornado, pura y simplemente, como hemos visto, en «reverencia». El Presidente es *lex animata in terra*. No ha de actuar sometido a las Leyes; su posición tiene la misma fuerza que éstas ante los jueces. Es la conclusión lógica y el final absoluto (más allá ya no hay nada: el propio poder judicial desaparece, «abnegadamente») de la doctrina de la deferencia.

Sin llegar a ese extremo en el caso ordinario de las agencias, la doctrina de la deferencia ha venido a conducir en la práctica a que el poder judicial se esté situando ante el Ejecutivo en una posición prácticamente análoga que la que adopta ante el Legislativo: aceptar su libertad de determinación (bastante más que una discrecionalidad, recuerda constantemente nuestro propio Tribunal Constitucional), preocupándose únicamente de sostener un equilibrio último de los principios constitucionales, los cuales son los únicos que sobrepasan la independencia de tales dos poderes. Se comprende entonces que use con esos dos poderes una no muy disímil *self restraint*, o freno de sus poderes invalidatorios. Podemos ver ya en trabajos recientes una explicación homogénea y equiparable de esa *self restraint* en el ámbito de los dos poderes, unida bajo el mismo término de «deferencia» (completamente nuevo, por cierto, en el Derecho Constitucional americano, como lo probaría su ausencia en los catálogos léxicos de la materia incluso recientes)^{52 53}, sobre la base siempre de una

⁵² Así, en el excelente y bien reciente *The Oxford [Dictionary] Companion to the Supreme Court of the United States*, Ed. by Kermit L. HALL, Nueva York, Oxford, 1992, que recoge varios miles de términos, no se encuentra la expresión «deferencia» (tampoco una referencia a *Chevron*, por cierto). Tampoco en el *The Constitutional Law Dictionary*, de CHANDLER, ENSTEN y RENSTROM, vol. I, Santa Barbara, 1985. Un repaso simple del índice de conceptos o materias de los manuales clásicos de Derecho Constitucional americano nos lleva enseguida a la misma conclusión, sorprendente.

⁵³ Así, por ejemplo, el ya citado de Robin CHARLOW, *Judicial review, equal protection and the problem with plebiscites*, en «Cornell Law Review»,

concepción rígida del principio de separación de los poderes.

Esta conclusión no es la deducción obtenida de los datos expuestos, sino que puede encontrarse explícitamente formulada en las ideas constitucionales de Rehnquist. Para el *Chief Justice*, de la propia idea democrática se deriva a *prescription for a minimal role for the judiciary*, un mandato de que los jueces tienen que jugar un papel mínimo, en lo que se refiere al control de los otros dos poderes. «El modelo democrático parece casi sinónimo de *judicial restraint*, en su preferencia por las decisiones de los órganos electivos sobre las de los jueces», «la *judicial review* que no puede ya conectarse con éxito con la voluntad original del pueblo, obstruye más que protege el proceso democrático»; «la responsabilidad de preservar a la Constitución está más en los poderes o ramas del gobierno popularmente elegidos que en el poder judicial», al cual ha de reservarse, pues, a *minimal role*, un papel mínimo, lo que supone *minimizing judicial discretion and, thus, the judicial role*, una minimización de la discreción judicial y, correlativamente, del papel del juez⁵⁴.

1994, que por su extensión y su densidad es un libro sumamente documentado, además; *vid.* especialmente págs. 573 y ss.

⁵⁴ Son paráfrasis de S. DAVIS, *op. cit.*, págs. 30-2, de las doctrinas de REHQUIST (algunas recogen textos literales), extraídas sobre todo de un artículo de éste, *The notion of a living Constitution*, «Texas Law Review», 1978, págs. 693 y ss., siendo ya, pues, juez del Tribunal Supremo. Sobre la «minimización» del papel del poder judicial en relación a las otras instituciones de gobierno, *vid.* también S. DAVIS, pág. 207. Aquí hace una cita literal de ese artículo de REHQUIST que merece transcribirse: «En una democracia deben ser los agentes elegidos quienes decidan qué hacer sobre los problemas sociales concretos y no un pequeño grupo de personas situadas en posición privilegiada [los jueces] que tendría una autoridad libre para criticar a posteriori lo que los Parlamentos de la Unión y de los Estados y los agentes administrativos federales o estatales entienden que es lo mejor para el país.» Aquí, como se ve, se da una explícita prioridad a la Administración, legitimada en elecciones, sobre los jueces.

Ya no se trata, pues, sólo de equiparar la actitud del juez ante el Ejecutivo a la que adopta frente al Legislativo; es que, tanto frente a uno como frente a otro poder, el juez debe de jugar un papel «mínimo», literalmente excepcional y dejar a los órganos políticos electoralmente formados la libre decisión de «lo que es mejor para el país». Se comprende así que no hacía retórica precisamente Edward Kennedy cuando veía en la imaginaria «América de Rehnquist» «cerrados los Palacios de Justicia» para quienes quisieran denunciar «los abusos del Ejecutivo»⁵⁵; esa es, literalmente, la idea de Rehnquist, como hemos visto⁵⁶.

VII

Se comprende que esas novedades recientes y un tanto inesperadas del Derecho Administrativo norteamericano puedan resultar de escasa utilidad para los países europeos, y por tanto para España, donde tenemos una Administración y un Derecho completamente diferentes, con una tradición que en este momento tiene casi dos siglos y que está completamente asentada. Por otra parte, esa tradición y sus líneas propias de desarrollo resulta que han sido elevadas de rango de manera explícita por las Constituciones de este siglo, en nuestros respectivos países (Italia, Alemania, Francia, Portugal, España, sin contar por ahora las que están surgiendo de las ruinas del comunismo), lo que ha prestado a la concepción europea del Derecho Administrativo un fundamento, una solidez y un fulgor de los que resultaría locura intentar prescindir, aunque en todo caso ello requeriría siempre una revisión constitucional previa.

⁵⁵ Cfr. texto recogido en la nota 25, *supra*.

⁵⁶ Texto de REHQUIST transcrito en la anterior nota 54, especialmente.

En los propios EE.UU. sólo la «Nueva Derecha» jurídica está conforme con esos desarrollos, que abiertamente se ha hecho notar que se debe a una deferencia política de principio hacia los largos años de Presidencias republicanas. En su tremendo artículo contra el juez Scalia⁵⁷, Schwartz se refiere a que las posiciones de éste, y su consagración de la deferencia como criterio central, «golpean en el verdadero corazón del Estado administrativo y en su capacidad de ejercer las funciones que la opinión pública le ha exigido asumir»⁵⁸; para esa dirección «la Presidencia es el único poder», «aisla a las decisiones del Ejecutivo del control judicial, y donde este control es admitido, fuerza la deferencia hacia la interpretación administrativa como consideración prevalente». Esto de que los jueces deban «pagar en deferencia» hacia el Ejecutivo⁵⁹, no parece ser un modelo envidiable de justicia administrativa para los europeos.

Schwartz ha notado, con cruel ironía, que esta doctrina la han puesto en marcha los juristas conservadores, para servir a una política conservadora, que es el fruto de un oportunismo político; que queda aún por ver si «con una Administración del partido demócrata por vez primera desde la llegada de Scalia al sillón de juez, la Justicia será o no más renuente a exaltar el poder presidencial y a aplicar la doctrina de la deferencia».

Es una opinión bastante elemental, pero que quizás pueda hacer reflexionar entre nosotros a los expertos del

⁵⁷ Como antes contra todo el Tribunal REHQUIST, el también citado *Apotheosis of Mediocrity? The Rehnquist Court and Administrative Law*, 1994.

⁵⁸ SCHWARTZ, «*Shooting the piano player?*», págs. 56, y 57 para los siguientes textos transcritos.

⁵⁹ Esta expresión es del propio SCALIA: *the courts must pay deference*, en su artículo ya citado *Judicial deference to administrative interpretation of Law*, pág. 521.

Gobierno que no han dudado, en la probable víspera de un cambio político, en buscar inmunidades del poder promoviendo la reinstauración decimonónica de la doctrina de los actos políticos⁶⁰, virtualmente ilimitada en su formulación («actos de dirección política»: no creo que pueda encontrarse fuera del Tribunal *conservative activist* americano algo semejante), así como a quienes vienen a propugnar, aunque en términos sin duda más matizados que los de Scalia y sus colegas (aunque apoyándose en su invocación expresa), la necesidad de adoptar una cierta doctrina de la deferencia.

VIII

Para concluir, puede ser útil formular algunas observaciones a la reciente publicación en castellano de la obra de Edley Jr., *Derecho Administrativo, Reconcebir el control judicial de la Administración Pública*, bajo el patrocinio de un centro oficial. Sería seguramente extremar la suspicacia poner en relación esa publicación, en un momento de acusada sequía de las publicaciones del INAP, con la elaboración, aprobada por el Gobierno, y remisión a las Cortes de un Proyecto de nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (julio 1995), Proyecto que, sin perjuicio de introducir evidentes mejoras sobre la situación

⁶⁰ Me refiero, naturalmente, al Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno en julio de 1995, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (el Proyecto ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes. Congreso» de 30 de septiembre de 1995). Sobre este inexplicable intento de resucitar, y con mayor fuerza que lo que se intentó en la abortada reforma franquista de 1972, la doctrina del acto de gobierno, remito a lo que he dicho en la primera parte de este libro, especialmente en la nota 197. También este proyecto intenta restringir la posición sobre tutela cautelar adoptada por el Tribunal Supremo y los Tribunales superiores y sancionada, como una derivación del art. 24 de la Constitución, por el Tribunal Constitucional. Vid. sobre ésto el Prólogo a la 2.ª ed. de mi libro *La lucha por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 16 y ss. En la tercera parte de esta obra me ocupo más despacio de este Proyecto de Ley, ya caducado.

actual, pretende implantar la irrecurribilidad absoluta de los actos «de dirección política» del Gobierno central y de los Gobiernos autonómicos, concepto de imprecisión notable (que es, además, el que utiliza el art. 97 de la Constitución para definir la función entera del Gobierno: «*dirige la política* interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado»: una interpretación «estricta» podría pretender que la totalidad de la acción del Gobierno central y de los Gobiernos autonómicos y de sus Presidentes respectivos había quedado totalmente inmune al control judicial), pero al servicio del cual no se ha dudado en rehabilitar la arcaica doctrina de los actos políticos y de gobierno.

Quizás ha podido pensarse que en el libro de Edley Jr., podría encontrarse la base para la recepción en nuestro país de la doctrina de la deferencia, especialmente en las cuestiones que en la «tricotomía» de conceptos que ese autor propone llama «política pública».

Ya he dicho que me parece completamente claro que intentar adoptar en España la actual posición de la jurisprudencia americana equivaldría a «retrasar el reloj jurídico», en la plástica y rotunda expresión de Schwartz que ya conocemos, siglo y medio (¡en una ciencia que no ha cumplido aun los doscientos años!), retrogradándonos a los primeros descubrimientos de la doctrina y los Tribunales o Consejos de Estado en la mitad del siglo XIX. No veo razón alguna mínimamente seria para tal operación quirúrgica, y desde luego no el posible temor a un supuesto «activismo judicial» que los jueces contencioso-administrativos estuviesen hoy empleando en España contra los legítimos ámbitos de responsabilidad propia de la Administración⁶¹.

⁶¹ Tal supuesto «activismo judicial» nadie lo había notado, y ni siquiera barruntado, antes de esa denuncia pública; los ejemplos que se han dado

Por lo demás, el libro de Edley, Jr., muy agudo, es en exceso abstracto. Su idea de que la función del Derecho Administrativo es «promover una acción de gobierno sensata» (pág. 15), «mejorar los procesos políticos y administrativos» (pág. 28), «un proyecto de Derecho Administrativo cuyo objeto sea la búsqueda de la acción de gobierno correcta y adecuada» (pág. 30), de que «el objetivo del Derecho Administrativo es mejorar la calidad de las decisiones del sector público de una manera amplia, en lugar de limitarse a contrarrestar las arbitrariedades» (pág. 24), es una idea que no será fácil que sea aceptada por los juristas estrictamente tales, que en todo caso echarán de menos que en ese ambicioso intento de ofrecer «una visión realmente modernista del Derecho Administrativo» (pág. 304) esté ausente cualquier mención a los derechos de los ciudadanos, nada menos. Para Edley Jr. «el Derecho Admi-

en materia urbanística los creo convincentemente refutados por T. R. FERNÁNDEZ, en su primera réplica, y en el libro de J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993 (DELGADO BARRIO fue el ponente en el Tribunal Supremo de varias de las Sentencias tildadas, injustamente, de activistas y que cuentan, más bien, entre las más logradas y ponderadas de nuestra jurisprudencia urbanística). Quizás no es inoportuna otra consideración: es pacífico admitir que las materias más golpeadas por la corrupción administrativa son la contratación y el urbanismo; que en este último (como en materia de contratación la reciente Ley de 18 de mayo de 1995) se hayan arbitrado fórmulas de control de una discrecionalidad muchas veces sospechosa, fórmulas aplicadas con una ponderación y una objetividad no cuestionables, no parece precisamente motivo de crítica. ¿Qué es lo que puede preferir el pueblo —criterio democrático inequívoco—, que pueda campar la corrupción en nombre del dogma de la intangibilidad de los actos discrecionales y del argumento de las elecciones legitimadoras, o bien que los jueces afinen sus instrumentos jurídicos de control para imponer la objetividad y los principios del Derecho en el planeamiento? He aquí confirmados en su aplicación los conceptos generales que se expusieron en la primera parte de este libro, especialmente en § XV, sobre el carácter estrictamente democrático de la actividad del juez. Más fácilmente que de excesos judiciales contra la Administración, y con mucho mayor fundamento, podría hablarse de desfallecimientos, o, si se prefiere, de deferencias excesivas (y hasta de verdaderas reverencias en alguna ocasión) y sería sumamente sencillo aportar ejemplos.

nistrativo no tiene que ver sino con confusión» (pág. 15), son «abstracciones sin vida» para pertrechar a Abogados (pág. 15); «el Derecho Administrativo se encuentra en su infancia» (pág. 142). Más aún, habla de «la futilidad del Derecho Administrativo» (pág. 201), de modo que no es extraño que confiese «la desilusión que produce cualquier tipo de ciencia del Derecho Administrativo» (pág. 124)⁶².

Formula un intento grandioso⁶³ de reconstrucción de este Derecho, esquematizado en un cuadro geométrico (pág. 107) y puntualizado con conceptos de ciencia política, lo cual no es propiamente un estudio jurídico, aunque maneje alguna jurisprudencia sobre la materia y no sean desdeñables, en modo alguno, algunas de sus observaciones.

Su lectura me hace recordar la aguda frase del gran civilista francés Carbonnier cuando habla de «la petulancia de las ciencias jóvenes»⁶⁴. Por lo demás, sus propuestas de deferencia son diferentes, y también menos extremosas, ciertamente, que las de Scalia y de la *New Right*, quizás por que políticamente no pertenece a ésta⁶⁵.

⁶² Todas las referencias del libro de EDLEY Jr. se hacen a su traducción española, antes indicada en el texto.

⁶³ El mismo EDLEY dice que «este libro representa sólo una parte del más amplio análisis de que debe ser objeto la reforma de la organización del personal y de la actuación tanto del Ejecutivo como del Legislativo... la reestructuración de los mecanismos públicos fundamentales que conforman la Administración y las percepciones del proceso político, incluyendo las campañas electorales y los medios de comunicación» (pág. 16). Se inscribe, pues, claramente, en el campo de la ciencia política, no en el de la ciencia jurídica, mucho más humilde, y nos atrevemos a pensar que no del todo fútil.

⁶⁴ No encuentro la procedencia exacta de esta cita, que tengo anotada sin fuente. Pero véase del mismo CARBONNIER, *Sociologie juridique*, París, 1972. La función crítica de la sociología, dice, despierta desconfianza en los juristas, que pueden temer que tal crítica destruya a la larga el respeto que el Derecho necesita para cumplir su misión propia. «No es cosa de que los sociólogos derriben sin discernimiento las columnas del templo» (pág. 272).

⁶⁵ Nos informa que ha trabajado con el Presidente CARTER (pág. 156) y en la campaña de DUKAKIS (pág. 17), ambos del Partido demócrata.

No me parece, pues, que este libro, escrito propiamente desde fuera del Derecho, aunque pretenda ambiciosamente reconfigurar éste, sea una aportación relevante para iluminar nuestros problemas propios y para hacer avanzar en cualquier sentido sus soluciones.

PARTE TERCERA

DOS POLEMICAS IMPLICADAS: CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Eduardo
García de Enterría

JUECES
Y CONTROL DE LA
ADMINISTRACION

SEGUNDA EDICION AMPLIADA

JUECES Y CONTROL DE LA ADMINISTRACION 2.ª ed.
EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA /

Con este libro el autor entra en una polémica abierta sobre si el origen democrático de los gestores públicos debe o no reducir la extensión y la intensidad del control judicial sobre su actuación.

Por encima de los tecnicismos inevitables, el verdadero objeto de este estudio es determinar si existe o no tensión, o eventualmente contradicción, entre el origen electivo de los gobernantes y la posibilidad de rescindir sus actos ante una instancia judicial independiente. Esto obliga a una puntualización detenida de la idea misma de democracia, así como de la posición (representantes o no del pueblo) que corresponde en el seno de la misma a los gestores públicos, y, en fin, del papel que al juez de Derecho Público toca desempeñar en una verdadera sociedad democrática.

Así, grandes temas de la teoría política y del Derecho son analizados y puntualizados. Incluso los problemas de la patitocracia y de la corrupción, que marcan la situación actual de la democracia. Se concluye que la democracia no sólo no impone freno alguno al enjuiciamiento judicial de los actos de la Administración y de sus gobernantes, sino que eleva precisamente la posibilidad de ese enjuiciamiento a un lugar central del sistema democrático mismo.

Se contrastan estas conclusiones, en una segunda parte, con un estudio, documentado y original del sistema norteamericano reciente (obra de la "Nueva Derecha") de control judicial de la Administración, que ha comenzado a ser invocado entre nosotros para intentar "minimizar" (en expresión del *Chief Justice Rehnquist*) dicho control, e incluso para excluir totalmente de la posibilidad del mismo a los llamados "actos políticos", que han resucitado sorprendentemente; y con una extensión inusitada, en un Proyecto legislativo sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa que estuvo en tramitación parlamentaria en 1995.

En esta segunda edición se amplía el texto de la primera con tres nuevos trabajos con los que el autor ha continuado la polémica inicial centrándola en dos cuestiones aplicativas de primera importancia: el papel del juez ante la apreciación por la Administración de motivos de interés público y la capital reforma de la justicia administrativa. Este complemento subraya aún más la significación de principio del debate general en el que este libro se produce.



EDITORIAL CIVITAS



EDITORIAL CIVITAS