



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**DERECHO ADMINISTRATIVO DEL COMMON LAW: REVISIÓN DE
POLÍTICAS PÚBLICAS ADMINISTRATIVAS EN EL MERIT REVIEW
POR EL ADMINISTRATIVE APPEALS TRIBUNAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

SEBASTIÁN ANDRÉS ESTAY VERGARA

Profesor Guía: JOSÉ MIGUEL VALDIVIA

SANTIAGO, 2023

Tabla de contenido

I. RESUMEN	3
II. INTRODUCCIÓN	5
III. EL AAT Y EL MERIT REVIEW	9
SUBCAPÍTULO 1: JUSTICIA ADMINISTRATIVA AUSTRALIANA.....	10
SUBCAPÍTULO 2: ADMINISTRATIVE APPEALS TRIBUNAL.....	17
A. SUBCAPÍTULO 3: CONCEPTO DE MERIT REVIEW	23
i. Elemento sustancial	24
ii. Elemento procedimental	29
iii. Elemento correctivo	33
iv. Merit review y revisión judicial	36
IV. CAPÍTULO II: EL AAT Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	40
A. SUBCAPÍTULO 1: EL CASO DRAKE V. MINISTER FOR IMMIGRATION AND ETHNIC AFFAIRS	41
SUBCAPÍTULO 2: LA DOCTRINA DRAKE Y SU EVOLUCIÓN	49
i. Casos en los cuales el AAT puede desatender o apartarse de una política administrativa	50
ii. La distinción entre políticas ministeriales y políticas departamentales	53
iii. Casos en que el AAT abandona la doctrina Drake	64
V. CONCLUSIONES	68
VI. ANEXOS.....	71
A. ESTATUTO DEL ADMINISTRATIVE APPEALS TRIBUNAL 1975 (COMPILACIÓN ACTUALIZADA Y VIGENTE DESDE EL 17 DE AGOSTO DE 2022): HTTPS://WWW.LEGISLATION.GOV.AU/DETAILS/C2022C00224	71
B. AAT MEMBERS CONDUCT GUIDE MAY 2015	72
C. DECISIÓN SOBRE EL CASO DRAKE V MINISTER FOR IMMIGRATION AND ETHNIC AFFAIRS (21 DE NOVIEMBRE DE 1979).....	76
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	77

I. RESUMEN

La presente tesis tiene por objeto analizar el control de los actos de la administración del Estado, particularmente de las políticas públicas que fomenta la administración desde el sistema de justicia administrativo australiano.

Este análisis se enmarca dentro del contexto de un modo de adjudicación administrativo único en el derecho del common law, el *merit review* o revisión por mérito, llevado a cabo por tribunales administrativos, órganos no judiciales encargados de controlar y supervisar los actos de la administración. Dentro de estos órganos de control encontramos al *Administrative Appeals Tribunal* (en adelante también nos referiremos a este tribunal bajo las siglas “AAT”), el primer tribunal administrativo de revisión por mérito en el mundo y el primero en enfrentarse y desarrollar distintas problemáticas relativas a los actos de la administración, como casos de migración y refugiados, casos de seguridad social y distintos beneficios estatales. Como parte de su labor, y en el ejercicio de su función particular, este tribunal se ha visto enfrentado a determinados actos administrativos que involucran la implementación de políticas públicas emanadas de la administración, y ante los cuales ha debido adoptar una postura determinada como órgano de control. Como consecuencia, se ha desarrollado un debate en torno a la relación entre la revisión por mérito que ejerce el *AAT* y las políticas públicas administrativas australianas, a partir de la cual resulta muy interesante discutir el rol especial que juega este tipo de revisión y qué implicancias tiene como mecanismo de control no solo de los actos administrativos sino de las políticas públicas que los inspiran.

Para efectos de realizar este análisis y plantear la discusión, se comenzará estableciendo un marco teórico que comprende una introducción al sistema de derecho

administrativo australiano y al *AAT*, así como un desarrollo del concepto de *merit review* y sus elementos. A partir de ello se estará en condiciones de pasar a la segunda parte de este trabajo, que comprende la exposición de del caso emblemático del *AAT*, *Drake v Minister for Immigration and Ethnic Affairs No2* a partir del cual se desarrolló la discusión más importante en torno a la revisión de las políticas públicas de la administración, el rol del tribunal y la postura que debería adoptar respecto de aquellas, para finalizar con un análisis de los distintos problemas que ha enfrentado el *AAT* en el control de las políticas públicas a través del *merit review* y sus implicancias para el derecho de justicia administrativo.

II. INTRODUCCIÓN

En todos los ordenamientos jurídicos, a raíz de la interacción de los ciudadanos o administrados con los órganos y agentes de la administración del Estado es posible que surjan controversias. Cuando ello ocurre es necesario solucionarlas y para ello existe un mecanismo jurídico denominado adjudicación administrativa, por medio del cual el asunto particular se somete ante un órgano, generalmente un tribunal, que dirime el conflicto.

No obstante, la manera de dirimir estos conflictos no es uniforme, por ende, el mecanismo varía en virtud de los ordenamientos jurídicos. Dentro de las adjudicaciones administrativas más renombrados se destacan los tribunales administrativos del sistema de *common law*, que son entidades que forman parte de la administración y que revisan los actos de los distintos órganos que la componen. Particularmente en esta memoria nos enfocaremos en analizar los tribunales administrativos australianos, pioneros de este mecanismo de solución de conflictos y que ejercen un tipo de función que es sumamente interesante y particular, sino único en su versión australiana, la revisión por mérito.

El más emblemático de estos tribunales es el *Administrative Appeals Tribunal*, primero de su tipo, y el responsable del desarrollo de la revisión por mérito en Australia. Este órgano funciona como un tribunal administrativo de carácter general a nivel federal, por lo que le corresponde la revisión de decisiones administrativas en una variedad de ámbitos. Como consecuencia de esta amplia jurisdicción y el ejercicio de la revisión por mérito, es que se ha dado una situación muy particular donde el *AAT* ha entrado a revisar e incluso cuestionar la política pública del gobierno australiano a partir de casos particulares en diversas áreas, particularmente en materia de

inmigración. De esta forma, este tribunal ha pasado a convertirse en un mecanismo no solo de revisión de actos individuales, sino que también de posturas de la administración.

Es a partir de esta situación, que se presenta la interrogante sobre qué aspectos de este mecanismo de adjudicación de revisión por mérito permiten ejercer este tipo de función, particularmente, cómo ha utilizado el *AAT* este tipo de facultad para hacer juicios de valor sobre las políticas públicas que promueve la administración, y qué implicancias tiene como forma de supervisión o control de los actos administrativos.

De acuerdo con los distintos trabajos doctrinales y el historial del tribunal, pareciera que el *AAT* ha adoptado una posición de deferencia frente a la administración, optando por respetar los lineamientos establecidos por las políticas públicas gubernamentales en la generalidad de los casos. Sin embargo, se puede observar que si este optara por lo contrario, considerando la amplitud de recursos y facultades con las que cuenta, podría funcionar como un órgano de control de estas políticas cuando resultasen abusivas o contrarias al espíritu de una buena administración aportando a la discusión en el desarrollo de medidas apropiadas y más efectivas.

El objeto de este trabajo es explorar la revisión por mérito de las políticas públicas de la Administración por parte del *Administrative Appeals Tribunal*, analizando el sistema de Derecho Administrativo australiano, el carácter y particularidades de la revisión por mérito de este órgano, así como las decisiones más emblemáticas dictadas por el *AAT* en las que se ha dado una situación de revisión de las políticas públicas a partir de actos individuales de la administración, para explorar el razonamiento, el ejercicio de dicha facultad, y las consecuencias que conlleva este control de las políticas públicas. En otras palabras, el objetivo es un análisis del procedimiento de la

revisión por mérito y su impacto en las políticas públicas basado en guías de la administración australiana, trabajos doctrinarios de derecho comparado y análisis de decisiones emblemáticas del *AAT*.

Para abarcar este objetivo, el primer capítulo se dividirá en tres subcapítulos.

En primer lugar, se realizará una introducción al Derecho Administrativo australiano, analizando el concepto de derecho administrativo en el ordenamiento jurídico australiano, el rol que juega en éste y describiendo al sistema, los actores que lo componen, y el proceso de revisión de los actos de la administración. De esta forma, va a haber un marco en el cual insertar al *AAT* como tribunal administrativo y a partir del cual se podrá desarrollar el concepto de *merit review*.

En segundo lugar, desarrollaremos del concepto de *merit review*, sus principales características y un análisis comparado respecto de la revisión judicial con la finalidad de comprender este tipo de mecanismo de revisión, sus particularidades y las facultades con las que cuenta el *AAT* derivadas de este mecanismo de revisión.

Por último, el tercer subcapítulo tendrá por objeto introducirnos al *Administrative Appeals Tribunal*, exponiendo su origen, el objetivo que cumple y su competencia, además de los aspectos fundamentales de su funcionamiento.

El segundo capítulo se enfocará en la manera en que el *AAT* ha llevado a cabo el *merit review* y las consecuencias que ello ha conllevado. En consecuencia, hemos dividido este capítulo en dos partes.

El primer subcapítulo atenderá a la decisión del *AAT* en el emblemático caso *Drake v Minister for Immigration and Ethnic Affairs (No2)*. Este caso fue seleccionado porque es el fallo en que el tribunal desarrolló el problema relativo a la relación entre sus facultades revisoras y las políticas públicas involucradas en las decisiones

administrativas. Por lo mismo, no solo funciona como un precedente relevante en este aspecto, sino que además ha establecido cuál es el enfoque que debe adoptar el tribunal al resolver estos casos hasta la actualidad, la llamada *Drake doctrine* o doctrina Drake.

Finalmente, en el segundo subcapítulo, se discutirá cuáles han sido los problemas a los que se ha visto enfrentado el AAT y otros tribunales administrativos en la aplicación de esta doctrina. De esta forma se analizarán distintas limitaciones y problemas que ha generado su adopción, así como posibles soluciones en algunos casos.

III. EL AAT Y EL MERIT REVIEW

El sistema de justicia administrativo australiano es característico en el mundo puesto que es el único que establece órganos denominados tribunales administrativos para que revisen y evalúen los actos de la administración que han perjudicado los intereses de los ciudadanos o administrados. Estos órganos, especialmente el *Administrative Appeals Tribunal* ejercen una función muy particular conocida como *merit review* en el derecho australiano y *common law*. Como se verá en este capítulo, este tipo de revisión por mérito es un modo de adjudicación administrativa con elementos especiales y características únicas que le permiten al *AAT* y a otros tribunales administrativos ejercer amplias facultades en el cumplimiento de su función con el fin de lograr una buena administración. Sin embargo, también ha dado paso a importantes discusiones en torno a los límites de estas facultades, y especialmente en comparación a la revisión judicial que ejercen las cortes federales australianas.

Subcapítulo 1: Justicia Administrativa Australiana

Como introducción a este trabajo, se explorará el concepto de justicia administrativa australiano, de forma de tener un marco teórico en el cual insertar y a partir de cual se tendrá un punto de partida para desarrollar posteriormente el *merit review* y el *AAT*.

En Australia, el concepto de justicia administrativa se define como “*la rama del derecho que regula la toma de decisiones gubernamentales o administrativas. Se entiende como un mecanismo de responsabilidad que aplica a las decisiones administrativas sobre materias o casos individuales, más que a decisiones de política administrativa*” (Esparraga, 2014, p. 63). De esta manera, se conforma como el sistema del ordenamiento jurídico australiano que tiene como fin el establecimiento y desarrollo del mecanismo de solución para las controversias individuales que se susciten en el ámbito administrativo. Se hace el énfasis en individuales porque la solución responde a un conflicto surgido como consecuencia de una decisión para un caso particular por parte de la administración del Estado.

Respecto de su origen, cabe señalar que el sistema de derecho administrativo federal australiano se basa en una separación estructural del Estado entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial que proviene de la Constitución de la Mancomunidad de Australia. En razón de esta estructura, los Poderes Ejecutivo y Judicial están estrictamente separados, y por lo tanto las funciones de las cortes federales australianas están particularmente demarcadas: una función, que como se verá más adelante, es sustancialmente distinta de las facultades que ejercen los tribunales de carácter administrativo que forman parte del Poder Ejecutivo.

El fin de la justicia administrativa australiana consiste en asegurarse que se cumplan los siguientes objetivos: en primer lugar, un mecanismo de toma de decisiones justo, de alta calidad, eficiente y efectivo; en segundo lugar, el acceso individual a la revisión ya sea legal o por mérito de las decisiones y conductas de la administración; en tercer lugar, asegurar la responsabilidad por esas decisiones y conductas; y finalmente, permitir el acceso público a la información relativa a decisiones administrativas y procesos, y un acceso individual a la información personal que se encuentra en poder de la administración (Esparraga, 2014, pp. 63-64). Estos fines se traducen en los principios que veremos a continuación y que inspiran a esta rama del derecho.

a) Principios fundamentales de la justicia administrativa australiana

La rama de justicia administrativa australiana se basa en tres principios fundamentales.

El primero, es el principio de la Justicia Administrativa, esto significa que se basa en la filosofía que en la toma de decisiones administrativas se deben salvaguardar los derechos e intereses de los individuos. En segundo lugar, el principio de Responsabilidad Ejecutiva se traduce en asegurar que quienes ejercen poderes ejecutivos o coercitivos del Estado puedan ser llamados a explicar y justificar la forma en que han ejercido dichas facultades. Y tercero, el principio de Buena Administración, a partir del cual toda decisión administrativa debe tomarse en conformidad a estándares universalmente aceptados, como la racionalidad, la justicia, la consistencia y la transparencia (Esparraga, 2014, p. 63).

De esta forma el sistema de justicia administrativa australiano se asegura que tanto la administración como las personas queden sujetas a la ley. Por otra parte, como mecanismo de responsabilidad, también requiere que los órganos de la administración

cuyas decisiones están sujetas a revisión por mérito o revisión judicial consideren y analicen cuidadosamente los resultados de dichas revisiones, no solo porque es necesario asegurar el resultado específico de una revisión individual, sino también para insertar cambios sistemáticos necesarios para mejorar la calidad en general de las prácticas de la administración (Attorney-General's Department, 2011, p. 5).

Estos principios permitirán entender la función que ejercen las instituciones revisoras de los actos de la Administración como son los tribunales administrativos y los fundamentos que existen detrás de las facultades que les han sido otorgadas para cumplir con su fin.

b) Estructura del sistema de justicia administrativo australiano

En este sistema de control y supervisión de los actos de la administración están involucrados distintos actores e instituciones, desde el funcionario de determinado organismo hasta las cortes federales australianas. Para entender en qué eslabón trabaja el *AAT* hay que atender a dos actores, en primer lugar, a los *primary decision makers*¹, y, en segundo lugar, a los organismos de revisión externa. De todas maneras, es relevante mencionar que esto es una simplificación del sistema dado que se trata de un sistema complejo. También se puede mencionar a otros eslabones del sistema, por ejemplo, agentes de revisión interna de los distintos organismos de la administración del Estado, que muchas veces se encuentran entre los *primary decision makers* y los órganos de revisión externa. Sin embargo, esta simplificación nos parece suficiente para desarrollar los conceptos y el funcionamiento del sistema de adjudicación administrativo que busca dilucidar esta memoria.

¹ Este trabajo se referirá al *primary decision maker* como institución y utilizando las siguientes expresiones: funcionario o agente primario.

i. Primary Decision Makers

En el primer lugar de la jerarquía del sistema de justicia administrativa australiano se encuentra la toma de decisiones primaria. Este elemento se refiere a la decisión original que afecta a un individuo y la toma generalmente un funcionario de una agencia administrativa, que técnicamente se denomina *primary decision maker*, con el fin de lograr una administración eficiente y efectiva. Las decisiones de estos agentes pueden consistir en otorgar, variar o denegar un derecho, una autorización o un beneficio; pueden consistir en la imposición o no de una obligación, requerimiento o discapacidad; o pueden significar el dar una dirección o incluso dar una valuación o declaración (Attorney-General's Department, 2011, p. 10). Como este tipo de funcionarios son el primer eslabón jerárquico en el sistema administrativo su decisión puede desencadenar la activación del mecanismo de responsabilidad de justicia administrativa si es que repercute negativamente en un administrado y este decide impugnar esa decisión presentado una solicitud.

Para tomar estas decisiones, el derecho administrativo australiano ha establecido una serie de normas según el profesor Francisco Esparraga (2014, p. 64). En primer lugar, los funcionarios primarios deben actuar en conformidad a los principios de la justicia natural o justicia procedimental. La justicia natural impone a la administración una obligación de carácter flexible que le permite adoptar procedimientos justos que sean apropiados y estén adaptados a las circunstancias de un caso particular, y tiene como elementos principales los principios de la oportunidad de ser oído y de la imparcialidad.

En segundo lugar, estos funcionarios deben tomar en consideración los elementos relevantes y no los irrelevantes del caso para tomar sus decisiones. Estas decisiones deben ser razonables, de lo contrario serán inválidas. Además, estas deben limitarse a no aplicar políticas de gobierno de forma inflexible.

La tercera regla es que, quienes tomen decisiones administrativas, deben actuar de forma independiente, lo que significa que no exista un oficial superior que haya ordenado la toma de esa decisión. Además, la administración debe actuar de buena fe y el funcionario que tome la decisión debe tener autoridad legal para hacerlo, no puede tratarse de cualquier funcionario.

En último lugar, el agente primario tiene la obligación de investigar previo a tomar una decisión (Esparraga, 2014, p. 64).

En base a estas reglas las decisiones de los funcionarios primarios pueden ser revisadas, ya que, si se incurre en una falta a estas entonces hay un fundamento para que el administrado pueda desafiarlas y presentar una solicitud para ello. Esta revisión puede llevarse a cabo de formas distintas, por ejemplo, puede estar sujeta a una reconsideración o a una revisión interna por el mismo organismo al que pertenece el *primary decision maker*, sin embargo, debido a la amplitud que implicaría explorar cada uno de estos mecanismos, que corresponden a cada órgano parte de la administración, nos limitaremos al objeto de este trabajo, que es la revisión externa.

ii. Revisión externa

La revisión externa de una decisión administrativa se distingue por estar radicada en una institución distinta a la que ha tomado la decisión, de esta forma, se está frente a una diferenciación de grado en relación con el funcionario revisado y el órgano revisor, a diferencia de lo que ocurre con una revisión interna, por ejemplo. En la justicia administrativa australiana, la revisión externa puede darse por dos vías.

En un primer lugar, se puede tratar de un caso de revisión por mérito. Esta se da ahí donde el organismo revisor tiene la capacidad de tomar el lugar del *primary decision maker* y tiene la facultad de tomar la decisión correcta o más preferible de acuerdo con los méritos del caso particular. La otra posibilidad es que se dé el caso de

una revisión judicial. Esta tiene lugar cuando un tribunal judicial o corte, en términos australianos, revisa determinada decisión para asegurarse de que el funcionario que la tomó haya utilizado el razonamiento o procedimiento legal correcto. En esta última, el organismo revisor evalúa la decisión en base a si se ajusta a la ley o no y solo ejercen esta función los tribunales judiciales con jurisdicción federal, en base a la estricta doctrina de separación de poderes que emana de la Constitución (Esparraga, 2014, p. 65).

Esto también tiene otra importancia ya que dependiendo del tipo de revisión de que se trate corresponderá un órgano revisor determinado. Si se trata de una situación de revisión por mérito, esta será realizada por organismos externos de revisión por mérito. Este último tipo de revisión solo es posible ahí donde la legislación que gobierna la decisión específicamente lo permite. Si en cambio, se trata de un caso de revisión judicial, entonces le compete a una Corte del Circuito Federal (*Federal Circuit Court*), a una Corte Federal (*Federal Court*), a la *High Court*, o a las Cortes Estatales o Territoriales (*Estate and Territory Courts*) que ejerzan jurisdicción federal (Attorney-General's Department, 2011, p. 6).

Dentro de los primeros, los organismos externos de revisión por mérito, encontramos a los tribunales administrativos. Son tribunales administrativos el *Veterans Review Board*, el *Australian Competition Tribunal* y finalmente el *Administrative Appeals Tribunal* o *AAT*, el precursor y más importante de todos ellos. Incluso este último absorbió a otros tribunales administrativos como son los *Migration* y *Refugee Review Tribunals*, y el *Social Security Appeals Tribunal* el año 2015. También existen otros tribunales administrativos que se han incorporado recientemente a nivel estatal o territorial como es por ejemplo el *Administrative*

Decisions Tribunal de New South Wales, reformado el año 2014 al *New South Wales Civil and Administrative Tribunal*.

Habiendo realizado esta primera aproximación al tema en cuestión, se está en condiciones de proceder a la siguiente parte de este trabajo, el análisis del *AAT*, el tribunal administrativo más importante de Australia, a partir del cual, en consideración a sus fines y características, se podrá desarrollar el concepto de *merit review*.

Subcapítulo 2: Administrative Appeals Tribunal

El *Administrative Appeals Tribunal* o *AAT* es un tribunal general administrativo de apelaciones que lleva a cabo una revisión por méritos de carácter independiente. Esta independencia está referida a las decisiones tomadas por la administración bajo las leyes del Commonwealth del gobierno de Australia. Las decisiones sujetas a su revisión pueden provenir de los ministros de gobierno, de los distintos departamentos o agencias de la administración, o en algunas circunstancias, de órganos, gubernamentales o no gubernamentales, de los distintos Estados australianos.

El *AAT* nace como consecuencia de la recomendación del reporte del *Commonwealth Administrative Review Committee* o *Kerr Committee* de 1971. En este reporte se reconoció que el alcance y la complejidad de la intervención del gobierno en la sociedad australiana había crecido mucho desde la federación y preocupaba el hecho de que la revisión de las decisiones gubernamentales a través del Parlamento y los tribunales proporcionó una respuesta inadecuada. Este sistema era defectuoso tanto en la sustancia como en la accesibilidad y en su reemplazo se requería de un medio accesible, informal y relativamente económico para la revisión del mérito de las decisiones administrativas. De esta forma se consagró el *Administrative Appeals Tribunal Act* de 1975², cuerpo normativo donde se encuentra regulado este Tribunal como creación única del sistema legal australiano, y comenzó a funcionar el año 1976 (Kerr, 2013, p. 9). Además de este estatuto, el *AAT* está regulado por la *Administrative Appeals Tribunal Regulation* de 2015, por las *Migration Acts* de 1958 y 1994, y por los estatutos de seguridad social como el *Social Security (Administration) Act* de 1999,

² Ver Anexo nº1.

el *New Tax System (Family Assistance) (Administration) Act* también de 1999, el *Child Support (Registration and Collection Act)* de 1988, el *Farm Household Support Act* de 2014, el *Paid Parental Leave Act* de 2010, y finalmente el *Student Assistance Act* de 1973 (Administrative Appeals Tribunal, 2020).

La estructura del *AAT* consiste en una organización por divisiones dependiendo del tema al que se refieren las distintas solicitudes o casos de los que conoce. Se divide de la siguiente manera: la división de libertad de información; la división general; la división de migración y refugiados; la división relativa al seguro de discapacidad nacional; la división de seguridad; la división tributaria de pequeñas empresas; la división de servicios sociales y manutención de niños y niñas; la división tributaria y comercial; y la división de apelación de veteranos. El Tribunal está conformado por miembros, que son titulares estatutarios de sus respectivos cargos, lo que significa que son nombrados en base al *AAT Act* por el Gobernador General de Australia. Estos miembros se componen del Presidente del *AAT*, de los Presidentes Adjuntos a cargo de una o más divisiones, y de miembros superiores y ordinarios. Ejercen el cargo por un periodo de 7 años, el que es renovable. La gran diferencia entre el Presidente y Presidentes adjuntos respecto de otros miembros del Tribunal se radica en que pueden ejercer sus facultades en cualquier división, mientras que los últimos solo pueden ejercer sus facultades en la división o divisiones para los que han sido asignados. Los miembros del tribunal provienen de variados ámbitos, no solo del mundo del derecho, y son nombrados en base a su experiencia en una determinada área profesional. Su conducta está regulada por un documento denominado *Conduct Guide for AAT Members*³ y consagra como valores fundamentales a la independencia, la imparcialidad y la integridad (Administrative Appeals Tribunal, 2020).

³ Ver Anexo nº 2.

En cuanto a la jurisdicción del tribunal, este no cuenta con una facultad general de revisión de decisiones. Para poder ejercer sus funciones debe existir un estatuto (en inglés *Act*), algún tipo de regulación u otro instrumento legislativo que afirme que una decisión puede ser revisada por el *AAT*. Actualmente, este órgano está habilitado para revisar decisiones concernientes a más de 400 estatutos e instrumentos legislativos australianos. Las decisiones más comunes son relativas a manutención de niños y niñas, apoyo a hogares agrícolas, asistencia familiar, seguridad social y asistencia a estudiantes, decisiones de visas a migrantes y refugiados e impuestos y derechos de veteranos. En algunos casos el Tribunal no está habilitado para revisar una decisión si no ha habido una revisión interna previa o una revisión por un órgano especialista, lo que está establecido en el estatuto correspondiente a la decisión en cuestión (*Administrative Appeals Tribunal, 2020*).

Respecto del *AAT*, pueden destacarse tres aspectos fundamentales según el profesor Peter Cane, y que están referidos a su naturaleza institucional, su función característica y su jurisdicción. Estos elementos lo distinguen no solo como una institución única, sino también como un órgano de revisión por mérito particular.

En relación a su naturaleza institucional, cabe destacar que el *Administrative Appeals Tribunal* no es un tribunal judicial, en consecuencia, no forma parte de la judicatura de Australia. Esta característica se debe a que, en el derecho federal australiano, la palabra '*court*' tiene un significado técnico constitucional referido únicamente a los órganos establecidos en el Capítulo III de la Constitución Australiana y cuyos jueces fueron designados de acuerdo con las reglas de la sección 72 de la misma con el objetivo de ejercer la función del ejercicio del poder judicial federal, en otras palabras, los tribunales de justicia. En el ordenamiento federal australiano existe una separación formal explícita entre '*tribunals*' y '*courts*' a diferencia de otros

ordenamientos de *common law* donde se distingue entre el poder judicial y el no judicial. En el mismo sentido, no se pueden conferir facultades no judiciales a los tribunales federales a menos que se trate de un ejercicio incidental al del Poder Judicial, y la característica principal del *AAT* es el ejercicio de la revisión por mérito, una función no judicial. De esta forma, esta institución fue deliberadamente creada para no ser un tribunal judicial ya que pertenece a la rama del Poder Ejecutivo del Estado. Añadido a lo anterior, y como fue comentado, el tribunal está compuesto de miembros, no jueces (Cane, 2009, p. 3).

En cuanto a la función característica del *AAT*, se trata de la revisión de decisiones. Si bien su nombre sugiere que dicho órgano lleva a cabo apelaciones, de acuerdo con lo estipulado en el *Administrative Appeals Tribunal Act*, su función es la revisión de decisiones. Más específicamente, su función es la de llevar a cabo revisiones por mérito, pero esta facultad de ejercicio no judicial se explorará más adelante. Relativo al concepto de revisión en sí, Peter Cane señala que hay una distinción sumamente importante en la teoría administrativa legal referida al '*appeal*', a la que nos referiremos como apelación y al '*review*', que será señalado como revisión (Cane, 2009, p. 6).

Esta distinción comprende dos dimensiones, por un lado, está referida a los poderes de un tribunal judicial o no judicial (*court or tribunal*), en particular a si uno u otro de estos órganos puede tomar una decisión de reemplazo. Por otro, está relacionada a los fundamentos para la adjudicación, por ejemplo, sobre un error de hecho (*error of fact*) o error de derecho (*error of law*).

Cuando se habla de revisión judicial, la palabra revisión indica que el tribunal puede alterar decisiones solo en base a fundamentos relativamente limitados y que carece de facultades para tomar una decisión substituta. Por otra parte, el uso del

término apelación en relación al *AAT* refleja el hecho de que tiene la facultad de sustituir una decisión y que la base sobre la que puede tomar dicha decisión, que la decisión no era la correcta o preferible es amplia. De la misma forma, el uso del término revisión sirve para enfatizar que aunque la función principal del *AAT* constituye una nueva revisión del asunto controvertido y el poder de tomar una decisión, esto no significa que el *AAT* sea un funcionario primario, sino que toma decisiones substitutas de aquellas. De esta forma, podría decirse que supervisa la toma de decisiones a través de la revisión, y en los casos apropiados, vuelve a tomar la decisión (Cane, 2009, p. 6).

Otro punto crucial respecto a la revisión de decisiones por el *AAT* es que, como fue mencionado en el capítulo anterior, hay revisiones internas y externas. Este órgano realiza revisiones externas. Cuando una decisión administrativa es cuestionada o disputada puede ser reconsiderada o revisada internamente pero si estos medios no resuelven la queja de la parte afectada, entonces pueden acudir a la revisión externa por parte de un tribunal judicial o administrativo. La diferencia entre estos medios radica en que, a diferencia de los dos primeros, la revisión externa implica tres partes y no dos. Esto ocurre porque, si bien la revisión externa se desencadena por una disputa, igual que la reconsideración y la revisión interna, y permiten a las partes la oportunidad de ser escuchadas y de presentar argumentos y pruebas, la revisión externa se realiza frente a una tercera parte de carácter neutral. Incluso, cuando se trata del *AAT* se da una situación especial y es que, como se verá más adelante, al hablar de la revisión por mérito, esta revisión externa puede darse prescindiendo del carácter adversarial que sí se da muchas veces en procesos ante tribunales judiciales (Cane, 2009, p. 11).

Relativo a la jurisdicción del *Administrative Appeals Tribunal* se define en cuanto a la revisión de decisiones tomadas en base al ejercicio de determinadas facultades de decisión estatutarios, es decir, respecto de decisiones que se toman de acuerdo con un determinado estatuto. Si bien, todas estas facultades son conferidas a funcionarios y agencias administrativas, lo que hace que la jurisdicción del *AAT* sea particular y específica es que esta se define en los términos del origen de las facultades para tomar decisiones más que en la identidad de quien toma la decisión. Incluso, se podría decir que, en teoría, a este órgano podría conferírsele el poder de revisar una decisión tomada por un organismo no gubernamental en base al ejercicio de una facultad estatutaria.

Estas características fundamentales permiten entender el objetivo y función del *AAT* como tribunal administrativo. Ahora, se procederá a revisar el aspecto más importante de este organismo y objeto de esta Memoria correspondiente a la forma en que desempeña su función revisora, lo que ha dado paso a un concepto completamente nuevo y único del sistema legal australiano, el *merit review*. Ya se ha mencionado que estamos frente a un ejercicio revisor que al menos formalmente es distinto del que atañe a los tribunales judiciales, sin embargo, en cuanto a su carácter y características, es sustancialmente distinto a lo que sería una revisión judicial.

A. Subcapítulo 3: Concepto de Merit Review

El Departamento del Procurador General de Australia define el *merit review*, o revisión por mérito, como el proceso mediante el cual una persona u órgano, distinto del decisor primario, reconsidera los hechos, el derecho y aspectos políticos de la decisión original, y determina la decisión correcta o preferible (Attorney-General's Department, 2011, p. 13). Dicho de otra manera, la revisión por mérito concierne a si una decisión fue la correcta o preferible dentro de las decisiones posibles que pudo haber tomado el tomador de decisiones primario. Este estándar de correcta o preferible se refiere en términos abstractos a las normas de la buena toma de decisiones ya que apartarse de ellas implica la activación de un remedio jurisdiccional por parte de los organismos de revisión y en particular a la facultad de variar e incluso sustituir la decisión original, ya sea en base a los hechos, el derecho, o la discrecionalidad (Asimow y Lubbers, 2010, p. 264). Esta última es una característica fundamental de la revisión por mérito (Lucy, 2013, p. 4).

El objetivo de este tipo de revisión es el de asegurar que las decisiones administrativas se tomen de acuerdo a la ley, o bien, si se trata de decisiones conforme a derecho, que sean las mejores considerando los hechos relevantes del caso (Attorney-General's Department, 2011, p. 13).

El *merit review* puede dividirse en tres elementos: el sustancial, el procedimental y el correctivo. El elemento sustancial está referido a la función que tiene el *AAT* de asegurarse que se tome la decisión correcta o preferible; el elemento procedimental concierne a la idea de que el tribunal se “pone en los zapatos” del *primary decision maker*; y el elemento correctivo se relaciona a las facultades que tiene el *AAT* para revisar una decisión. En estos elementos también se analiza la comparación entre el *merit review* y la revisión judicial, distinción importante y que resulta muy ilustrativa

para distinguir este modo de adjudicación administrativa. En los siguientes subcapítulos se analizarán cada uno de estos elementos, además de la comparación entre ambas formas de revisión, comenzando por el análisis del elemento sustancial.

i. Elemento sustancial

El elemento sustancial está conformado por la fórmula o estándar de la decisión correcta o preferible, la cual no solo encapsula la esencia del *merit review* como forma de revisión, sino que también la diferencia sustancialmente de la revisión judicial, como se verá más adelante.

En dicha fórmula, cuando se habla de una decisión correcta, está se refiere a situaciones donde el revisor considera que solo hay una única decisión aceptable mientras que cuando se utiliza preferible, atiende a casos donde se considera que hay más de una decisión aceptable (Cane, 2010, pp. 427-428). En este respecto, se ha señalado que cuando se habla de una decisión correcta es relativa a un asunto no discrecional puesto que hay una sola decisión posible que se basa ya sea en los hechos o en la ley. Por otra parte, cuando se trata del ejercicio de una potestad discrecional o respecto de una selección de posibles resultados, entonces ahí se habla de la decisión preferible (Attorney-General's Department, 2011, p. 13).

Este estándar no solo especifica qué puede gatillar un ejercicio de las facultades correctivas del *AAT*, es decir, una solicitud para la revisión de una decisión que el tribunal no considera como correcta o preferible. Sino que también especifica qué debe hacer el *AAT* una vez que ha tomado la posición del *primary decision maker* y cuál es el propósito de sus facultades correctivas, que es asegurarse que se tome la decisión correcta o preferible (Cane, 2009, p. 149).

Esta fórmula se refiere, en términos abstractos, a normas de buena toma de decisiones cuya desviación gatilla la jurisdicción correctiva del *AAT* y cuya aplicación

significa el ejercicio de sus distintas facultades correctivas, particularmente la facultad de variar una decisión y tomar otra en su lugar. Estas normas que fundamentan el que una decisión sea correcta o preferible son las mismas que justifican sentencias sobre si determinada decisión es legal o válida. Las normas de buena toma de decisiones pueden dividirse en tres categorías relativas al proceso que sigue quien toma la decisión, al proceso de razonamiento de quien toma la decisión, y finalmente a la decisión misma (Cane, 2009, p. 150).

Respecto del proceso que sigue quien toma la decisión y particularmente respecto de la función que tiene el *AAT* en relación a ese proceso se puede afirmar lo siguiente. Una infracción a las reglas de justicia procedimental, como serían por ejemplo el derecho a una audiencia imparcial, a un funcionario imparcial y a las reglas estatutarias procedimentales, son el arquetipo para que una decisión sea considerada ilegal o inválida. Lo que podría justificar también que dicha decisión pueda ser considerada incorrecta o no preferible en los términos del estándar del *merit review*. Sin embargo, el objetivo del *AAT* no es identificar defectos procedimentales y requerir al funcionario que tomó la decisión que los repare, sino que consiste en encontrar la decisión correcta o preferible para el caso concreto y solo si es necesario para alcanzar dicha decisión, reparar los defectos procedimentales. Dicho de esta forma, la justicia procedimental no tiene de por sí un significado particular en el *merit review* sino solo en cuanto funciona como un marco normativo para interpretar disposiciones contenidas en el Estatuto del *AAT* (Cane, 2009, pp. 150-151).

En cuanto al proceso de razonamiento de quien toma una decisión tiene gran importancia si dicho funcionario tuvo en consideración buenas razones para optar por determinada decisión. Los fundamentos principales para considerar una decisión ilegal o inválida en este sentido son haber tenido en consideración razones irrelevantes, haber

ejercicio facultades con motivos distintos a los fines para los cuales fueron conferidas y varias formas de limitación de discrecionalidad que son impermisibles, como sería por ejemplo no ejercer una facultad en virtud de un contrato o transferir una facultad discrecional. Respecto de ello, no es muy distinto a lo que ocurre con la justicia procedimental ya que, al igual que en ese caso, un defecto en el razonamiento puede devenir en una decisión incorrecta o no preferible. De esta forma, así como el *AAT* corrige un defecto procedimental actuando acorde al procedimiento correcto, corrige un defecto en el razonamiento reconsiderando la decisión revisada acorde a los términos de la buena toma de decisiones (Cane, 2009, p. 151).

Cuando se habla de la decisión misma está referida a la sustancia de la decisión. De esta forma, se puede hablar de una decisión ilegal o inválida basado en un error de derecho, un error de hecho o en un caso de *Wednesbury unreasonableness*⁴.

En cuanto al error de derecho, cabe señalar que el concepto de *merit review* está construido sobre un contraste entre la legalidad y los méritos de una decisión, por lo que, se puede asumir que este tipo de revisión está referida a si una decisión es correcta o preferible y no a que es ilegal. Sin embargo, los tribunales administrativos pueden ejercer, lo que el derecho constitucional australiano llama, una función innominada. Esto significa que se trata de una función que puede ser ejercida tanto por un órgano judicial como por un órgano no judicial y dependiendo del cual asume su carácter; en el caso del *AAT*, como es un órgano no judicial, adopta el carácter de una función no judicial. Lo relevante del caso es que una de estas funciones es decidir cuestiones de derecho. En la práctica, cuando un tribunal de *merit review* revisa una cuestión de derecho ejerce una tarea jurídica exactamente similar a la que ejerce una corte cuando

⁴ Una decisión puede ser calificada de *Wednesbury unreasonableness* si es tan poco razonable que ningún agente encargado de tomar una decisión razonable la habría adoptado. El término proviene del caso inglés *Associated Provincial Picture Houses Ltd. V Wednesbury Corp* de 1947.

decide una cuestión de derecho. La mayoría de los errores de derecho son resultado de malinterpretaciones o errores de aplicación por el agente decisor de una disposición estatutaria o políticas no estatutarias (por esto se entiende *soft law*). Por ejemplo, en este caso una decisión puede ser ilegal porque estaba fuera de las facultades que el agente decisor pretendía ejercer. En el derecho de revisión judicial australiano, respecto de las cuestiones de derecho, generalmente se entiende que tienen una sola respuesta correcta. El trabajo del *AAT* es revisar decisiones que no son correctas o preferibles e identificar la decisión que sí es la una o la otra, por lo que, en teoría, y en relación a decisiones tomadas con base a errores de derecho, debe encontrar la decisión correcta. De esta forma, cuando el *AAT* se enfrenta a un error de derecho donde, por ejemplo, el agente decisor no tenía la facultad para tomar la decisión revisada, este debe apartar la decisión e instruir al agente que no tome acción alguna para darle efecto. En otros casos, el tribunal podrá corregir el error de derecho por medio de variar la decisión, sustituyéndola o remitiendo la decisión al agente con las instrucciones apropiadas (Cane, 2009, pp. 162-166).

Habiendo analizado la importancia del error de derecho para la decisión en el *merit review*, ahora se desarrollará el error de hecho. Existen dos variantes del error de hecho, el primero consiste en una decisión que toma en cuenta un hecho irrelevante o que no toma un hecho relevante y es un tipo de error de razonamiento. Este caso no puede ser revisado por la vía judicial puesto que las cuestiones de hecho son competencia de los tribunales administrativos. De esta forma, el *AAT* puede revisar cualquier consideración de hecho relativa a una decisión sujeta a su revisión. Si concluye que una cuestión de hecho solo tiene una respuesta aceptable entonces intervendrá en base a que la decisión no es correcta, si en cambio, considera que hay más de una respuesta aceptable, pero el agente decisor no optó por la mejor de ellas,

su intervención se fundamentará en que no era la decisión preferible (Peter Cane, 2009, p. 167).

Cuando el *AAT* determina cuál es la decisión correcta o preferible debe hacerlo considerando los hechos al tiempo de la revisión. Esto significa que las circunstancias del caso podrían haber cambiado desde el momento de la decisión original e implica que el tribunal debe tomar su decisión en base al nuevo contexto que dan esas circunstancias (Lucy, 2013, p. 3). El *AAT* normalmente lleva a cabo una revisión en base al estado de los hechos relevantes a la fecha de la revisión y cuenta con amplias facultades que le permiten reunir evidencia reciente con respecto a hallazgos hechos por el agente decisor así como también respecto de cambios en las circunstancias de los hechos relevantes. De esta forma el *AAT* puede ejercer aún más control sobre la investigación de los hechos que las cortes de apelaciones que normalmente no tienen facultades para admitir nueva evidencia. Como consecuencia, este tribunal estará en una posición para corregir errores de hecho, ya sea variando o sustituyendo una decisión (Cane, 2009, p. 167).

En el caso que una solicitud de revisión sea exitosa en base a evidencia que no estaba disponible para el agente decisor original es incorrecto decir que se cometió un error de hecho. En estos casos, el rol del *AAT* no es solo corregir los errores de hecho sino también tomar decisiones acorde a los hechos relevantes (Cane, 2009, p. 167)

En esta área de la revisión de los hechos se encuentran las diferencias prácticas significativas y más relevantes de la diferencia entre el *merit review* y la revisión judicial. Esto ocurre porque el *AAT* no solo tiene facultades más amplias para revisar decisiones sobre cuestiones de hecho sino que además, al menos teóricamente, el estándar de correcto o preferible le permite ejercer más control sobre la recolección de evidencia que a las cortes mediante la revisión judicial. Esto se hace más patente al

señalar que las decisiones del *AAT* sobre cuestiones de hecho no son apelables, y solo pueden ser revisadas judicialmente si sirven como fundamento a un error de derecho (Cane, 2009, p.168).

La última razón por la que una decisión puede ser declarada ilegal o inválida es por *Wednesbury unreasonableness*. Anteriormente se discutió qué ocurría si el agente decisor otorgaba demasiado peso a consideraciones irrelevantes o, al contrario, no otorgaba el debido peso a las que sí eran relevantes. Por otra parte, este caso está referido al peso que el funcionario primario les otorgó a distintos factores, es decir, que trata sobre el balance entre las distintas consideraciones que produjeron y justifican la decisión del caso. En el contexto de una revisión judicial, una corte solo anularía una decisión si es que el balance hecho por el agente decisor fuera tan irracional que ningún funcionario responsable de tomar decisiones razonable la habría considerado como razonable. En cambio, en este mismo caso, el trabajo del *AAT* es reconsiderar la decisión y preguntarse si es la correcta o preferible. Al contrario de las cortes, que no anulan una decisión solo porque no es la mejor opción, el trabajo de este tribunal es precisamente este, decidiendo cuál de los resultados, en su opinión, es el correcto o preferible. Aquí no es relevante el hecho de que algún otro resultado resulte razonable o si quiera preferible (Cane, 2009, p. 168).

ii. *Elemento procedimental*

En cuanto al elemento procedimental del *merit review*, la sección 43 del *AAT Act*⁵ señala que el *AAT* se pone en los zapatos del agente primario. El Tribunal solo revisa decisiones tomadas por miembros del poder ejecutivo del Estado y por otros

⁵ “for the purpose of reviewing a decision, the Tribunal ‘may exercise all the powers and discretions that are conferred by any relevant enactment on the person who made the decision’” (AAT Act, 1975). “para el propósito de revisar una decisión, el tribunal ‘puede ejercer todas las facultades y discreciones que le han sido conferidas por cualquier tipo de promulgación respecto de la persona que tomó la decisión’” [Traducción libre]

tribunales de revisión por mérito. Esta disposición confiere poderes ejecutivos expresamente al *AAT* y establece la revisión por mérito como una función exclusivamente no judicial. Cuando se dice ‘*all*’ (en español, todos) en esta sección está referido no solo a todos los poderes sino también que puede ejercer solamente esos poderes (Cane, 2009, p. 170).

Sin embargo, a pesar del alineamiento del *AAT* con el tomador de decisiones primario, el tribunal no tiene esta última calidad sino que revisa decisiones tomadas por otros. El poder del *AAT* no es tomar una decisión del mismo tipo que la sujeta a revisión, sino que tomar, en las palabras de Peter Cane, una meta-decisión sobre la decisión revisada, la que puede o no ser una decisión sustituta o tan solo una variación. En dicha revisión el Tribunal no se encuentra limitado por el material disponible o las razones dadas por el tomador de decisiones primario. No está restringido de ejercer las facultades que el sujeto inicial pretendía ejercer sino que también puede ejercer cualquier facultad disponible para este y que sea relevante para variar o sustituir una decisión (Cane, 2009, p. 170).

La función más relevante de la idea de que el *AAT* se ponga en los zapatos del decisor primario es que proporciona la base esencial de las facultades del Tribunal para sustituir o variar una decisión. Cuando varía una decisión o hace una decisión sustituta, la decisión variada o sustituta se reputa como una decisión emanada del decisor primario. Por el contrario, cuando el *AAT* afirma una decisión o la aparta para su reconsideración está ejerciendo facultades que le confiere el *AAT Act* y no poderes del decisor primario. En estos casos el tribunal está realizando una función similar en naturaleza a aquella realizada por una corte que ejerce su jurisdicción de revisión judicial cuyo remedio característico es apartar y remitir la decisión al tomador de decisiones primario (Cane, 2009, p. 170).

A pesar de una apariencia de simplicidad, la idea de que el *AAT* se pone en los zapatos del tomador de decisiones primario es compleja y problemática. Por una parte, al igual que otros agentes decisores ejecutivos (esto es pertenecientes al poder ejecutivo), este órgano no puede decidir cuestiones de derecho de forma concluyente. Y, por otra parte, se ha sostenido que, por instancia, el *AAT* debe interpretar provisiones legislativas relevantes por sí mismo y no debe simplemente aceptar una interpretación contenida en una declaración por una agencia (entiéndase órgano administrativo) para la orientación de oficiales encargados de tomar decisiones pertenecientes a ella. Añadido a ello, Peter Cane señala que el Tribunal puede incluso tomar en consideración cambios en la ley desde la fecha de la decisión revisada (2009, p. 170).

Un punto problemático consiste en la revisión de conclusiones de hecho. Como se ha mencionado, el *AAT* no se encuentra limitado a considerar únicamente el material disponible o a las razones dadas por el decisor primario. El *merit review* otorga al solicitante una oportunidad para presentar nueva evidencia y argumentos a favor de una decisión que lo beneficie y que no fueron considerados por el decisor primario. El tribunal es típicamente capaz de pasar más tiempo investigando los hechos del caso que el tomador de decisiones primario y se espera que así sea. Más fundamentalmente, ya que la revisión de decisiones es un modo de adjudicación, la función del *AAT* está enfocada en mayor medida en el individuo y en las circunstancias e intereses de este que los funcionarios decisores primarios responsables de implementar reglas. Incluso podría llegar a decirse que construir un razonamiento convincente para el *merit review* externo depende de identificar una contribución distintiva que pueda realizar el revisor al proceso de revisión de decisiones y que no puede hacer el decisor primario. Cane señala que aplicar la metáfora de los zapatos de forma demasiado literal podría privar al revisor de la capacidad de realizar tal contribución (2009, p. 172).

Sin embargo, hay otra postura que se puede denominar como ‘el argumento de la inconsistencia’ y que es parte central del razonamiento del juez Brennan J en el caso *Drake (No 2)*. De acuerdo con este argumento, como solo una pequeña proporción de las decisiones que teóricamente caen en la jurisdicción del *AAT* son revisadas, es deseable, en el interés de la consistencia, que el Tribunal no adopte criterios de toma de decisiones distintos que los aplicados por el decisor primario. Llevándolo a su conclusión lógica, este argumento debería limitar al *AAT* a corregir errores en un sentido muy estricto y serviría para cuestionar el valor o la necesidad de un mecanismo de revisión independiente tan formal y elaborado como el *Administrative Appeals Tribunal*. En la práctica, la consistencia a través de diferentes casos debe ser balanceada con la justicia en el caso individual (Cane, 2009, p. 172).

Según Peter Cane, podría concluirse que si bien el alineamiento de las facultades del decisor primario y el *AAT* encapsuladas en la metáfora de los zapatos juega una importante función técnica en la base de los poderes correctivos del tribunal y en la distinción de la adjudicación administrativa por el *AAT* de la adjudicación administrativa de las cortes da poca orientación independiente sobre cuándo y cómo el tribunal debería ejercitar sus diversos poderes correctivos. Esto ocurre porque si bien técnicamente el *AAT* no es una corte, su función es proveer un control externo e independiente a la toma de decisiones ejecutiva (2009, p. 172).

La metáfora de los zapatos puede ser adecuada para describir la función de un revisor interno cuyo trabajo es hacer nuevamente lo que el decisor primario ya hizo, pero cuando se aplica a un tribunal de revisión externa puede causar un malentendido entre los tomadores de decisiones primarios y los revisores basado en una falta de apreciación de las diferencias significativas entre los diferentes roles de los primeros y los segundos. Esto también puede llevar a una exageración de las diferencias entre

los criterios aplicados por las cortes y tribunales respectivamente al revisar la toma de decisiones del poder ejecutivo (Cane, 2009, p. 173).

iii. Elemento correctivo

La Sección 43 del *AAT Act* establece lo siguiente:

*“For the purpose of reviewing a decision, the Tribunal... shall make a decision in writing (a) affirming the decision under review; (b) varying the decision under review; or (c) setting aside the decision under review and (i) making a decision in substitution for the decision to set aside; or (ii) remitting the matter for reconsideration in accordance with any directions or recommendations of the Tribunal”*⁶ (1975).

Cuando el *AAT* varía o sustituye una decisión, la decisión del tribunal se reputa como una decisión del decisor original y desde la fecha en que la decisión original entró en vigor produjo sus efectos, a menos que se ordene lo contrario. Aquellas facultades, de variar o tomar una decisión sustituta, caracterizan al *merit review* y lo distinguen de la otra forma principal de adjudicación administrativa, la revisión judicial. Utilizando la terminología del *AAT Act*, el recurso característico de la revisión judicial es apartar y acompañar la decisión en cuestión de una remisión para su reconsideración. El poder para variar o tomar decisiones sustitutas, como tal, constituye un poder no-judicial. Una corte que conoce de una apelación de un tribunal inferior normalmente sí contará con estas facultades. Sin embargo, la facultad con que cuenta el *AAT* para variar una decisión del ejecutivo o bien para tomar una decisión sustituta no es una facultad judicial porque, en teoría, involucra el ejercicio del poder

⁶ Para el propósito de revisar una decisión, el Tribunal... hará una decisión por escrito (a) afirmando la decisión bajo revisión; (b) variando la decisión bajo revisión; o (c) apartando la decisión bajo revisión (i) tomando una decisión en sustitución de la decisión a ser apartada; o (ii) remitiendo el asunto para su reconsideración de acuerdo con cualquier orden o recomendación del Tribunal. (Traducción libre)

ejecutivo. En contraste, cuando una corte de apelación varía una decisión de una corte inferior o toma una decisión sustituta, ejerce una facultad judicial (Cane, 2009, p. 174).

Según Cane, en principio solo parece apropiado para el *AAT* remitir una decisión para su reconsideración en aquellos casos donde concluye que el decisor original, guiado por sus direcciones o recomendaciones, se encuentra en una mejor posición que el tribunal para tomar la decisión correcta o preferible del caso. Como se señaló en la discusión en torno a la revisión de las consecuencias de hecho, debido a la extensión que tienen las facultades de investigación de hechos y de admitir evidencia nueva que posee el *AAT*, rara vez pareciera apropiado que debiese apartar la decisión por un error de hecho y remitirla al decisor original. Si el tomador de decisiones primario fallara en identificar consideraciones relevantes, el tribunal tendería normalmente a lidiar con esas consideraciones por sí mismo en vez de remitir el asunto al decisor original para que este lidie con ellas. En contraste, si una Corte Federal, conociendo de una apelación bajo la sección 44 del *AAT Act*, aparta una decisión del *AAT* por un error de derecho relacionado a la investigación de los hechos, el curso apropiado que debiese seguir sería remitir el asunto al Tribunal para su reconsideración. Esto ocurre porque, en parte, rara vez se admite nueva evidencia en el caso de una apelación bajo la sección 44 (Peter Cane, 2009, p. 174).

En la práctica, la facultad de remitir es solo ejercida excepcionalmente por el *AAT*, por ejemplo, durante el periodo 2004 a 2005, menos del 1% de los casos fueron de este tipo. El tribunal rara vez explica su decisión de remitir o no una decisión. Por ejemplo, en un caso relativo a la prohibición de hacer negocios a un agente de valores, el *AAT* remitió la decisión a la *Australian Securities and Investment Commission* porque estimó que solo esta tenía la autoridad para recibir el compromiso escrito que el mismo tribunal había ordenado. Mientras que en otro caso, relativo a la revocación de una

licencia, el *AAT* señaló que apartar la decisión implicaría reinstaurar la licencia y por lo tanto resultaba inapropiada ya que ninguna acción por parte del decisor original era necesaria para la implementación de la decisión del tribunal (Cane, 2009, p. 175).

Además de esta facultad correctiva de remisión, la sección 42 D del *AAT Act* permite al Tribunal remitir una decisión en cualquier estado del procedimiento de revisión de una decisión. En el contexto de una reconsideración, un decisor original tiene el poder para variar o afirmar la decisión o el de apartarla y tomar una decisión sustituta. Si el solicitante no se encuentra satisfecho con la decisión reconsiderada la solicitud de revisión se trata como una solicitud de revisión de la decisión reconsiderada, en la cual el solicitante puede proceder o desistir de ella. Así como en el contexto correctivo, este poder interlocutorio de remisión solo se ejerce excepcionalmente, por ejemplo, si el decisor primario efectivamente falló en cuanto a considerar la materia a ser decidida (Cane, 2009, p. 175).

Como los tribunales federales de *merit review* no son cortes, no se les puede otorgar la facultad para hacer cumplir sus decisiones pues es una función judicial. Incluso el *AAT Act* no establece ningún tipo de mecanismo para el cumplimiento de sus decisiones. Algunas decisiones de tribunales de *merit review* puede ser auto-ejecutables, por ejemplo, el afirmar una decisión que está siendo revisada. Pero si la decisión no tiene este carácter y el funcionario inicial no cumple la orden del tribunal, se hace necesario algún tipo de procedimiento ante una corte para forzar su cumplimiento. De forma similar, si el efecto de la decisión del Tribunal es, por ejemplo, que el solicitante debe una deuda a la administración, el decisor original tendrá que iniciar un procedimiento frente a una corte de derecho para recobrar la deuda si el solicitante se niega a pagar. Cane señala que resulta claro que en procedimientos como este, debe existir la posibilidad de que la corte ‘revise’ la

decisión, pero no es claro qué implica dicha revisión y surgen dudas respecto de si el revisor debería contar con las mismas facultades que el *AAT* respecto de las conclusiones de hecho del funcionario inicial (Cane, 2009, p. 176).

iv. Merit review y revisión judicial

A partir del análisis de los elementos que constituyen el *merit review*, pueden extraerse importantes conclusiones relativas a la comparación entre este modo de adjudicación administrativa y la revisión judicial por las cortes. Si bien este resulta ser un tema amplio y digno de explorar en un trabajo investigativo propio, esta memoria explorará algunas de esas conclusiones y que resultan relevantes para entender más claramente el *merit review*.

La revisión por mérito corresponde solamente al poder ejecutivo, puesto que la persona o el tribunal administrativo responsable de la revisión “se pone en los zapatos” del funcionario administrativo primario que tomó la decisión. Esto la diferencia sustancialmente de la revisión judicial que atiende a la legalidad de las decisiones administrativas y corresponde únicamente a las cortes o tribunales de justicia. El juez Brennan⁷ señala que “*la revisión judicial no es ni más ni menos que la ejecución del imperio del Derecho sobre el actuar ejecutivo; es un medio por el que se previene que la acción ejecutiva se exceda de las facultades y funciones asignadas al Ejecutivo por ley y, en consecuencia, se protejan los intereses del individuo*”⁸ (Traducción libre). Relativo a lo anterior es que Esparraga señala que la revisión judicial de decisiones

⁷ Sir Gerard Brennan es un abogado australiano retirado que sirvió como el décimo *Chief of Justice of Australia* durante los años 1995-1998. El *Chief of Justice* es el juez que preside la *High Court* australiana y el funcionario judicial de más alto rango en ese país.

⁸ “*Judicial review is neither more nor less than the enforcement of the rule of law over executive action; it is the means by which executive action is prevented from exceeding the powers and functions assigned to the executive by law and the interests of the individual are protected accordingly.*” (Esparraga, 2014, p. 68).

administrativas en Australia no va a prevenir decisiones erróneas, pero sí puede prevenir que estas se tomen de forma injusta y en este sentido no importa si el juez revisor hubiese llegado a una conclusión distinta del funcionario administrativo primario, pues la decisión solo será objeto de intervención si fue resultado de un proceso ilegal. Así, la jurisdicción del tribunal será solo la de anular la decisión y remitirla al funcionario que la tomó originalmente para que resuelva el asunto conforme a la ley (Esparraga, 2014, pp. 66-68).

En la revisión judicial, el solicitante debe señalar el error legal que motivó la decisión en su detrimento. Este error comprende el haber tomado en consideración factores irrelevantes o prohibidos, el no tomar en consideración factores relevantes u obligatorios, la denegación de justicia natural o una situación que implique *Wednesbury unreasonableness*. Sin embargo, una corte australiana a cargo de una revisión judicial generalmente no cuestionará los hechos del caso ni evaluará su credibilidad, el valor de la prueba o el ejercicio discrecional de determinada facultad puesto que lo anterior significaría inmiscuirse en los méritos de la decisión sometida a su revisión. Para un tribunal de justicia australiano, la cuestión relevante se trata del proceso que utilizó quien tomó la decisión y no la decisión como tal. A diferencia de un tribunal de revisión por mérito, los tribunales de justicia no están facultados para revisar la sustancia de la decisión en cuestión (Lucy, 2013, p. 5).

Otra característica que define la revisión por mérito es que se trata de un proceso no contencioso, aspecto que sí encontramos y que caracteriza a su vez, a los tribunales de justicia. Esto ocurre porque la función de los tribunales no es encontrar la verdad sino tomar una decisión en base a los hechos y evidencia que presenten las partes en juicio. Por otra parte, los tribunales de revisión por mérito sí pueden investigar por su parte y pueden adoptar una función similar a la búsqueda de la verdad.

Esto se debe a que la revisión por mérito implica una función inquisitiva, pero como las cortes han dicho, no en un sentido ordinario, sino en cuanto su función es indagar, examinar e investigar (Lucy, 2013, p. 6).

Por otra parte, la naturaleza de los procedimientos de revisión por mérito da paso a relaciones fundamentalmente distintas entre las partes, y entre las partes y el tribunal, a diferencia de las que se dan en procedimientos contenciosos. Como agencia u órgano administrativo, el interés de la parte revisada consiste en la aplicación correcta y preferible de la legislación y política pública relevante. Esto significa, que al menos teóricamente, los intereses de esta parte son iguales a los del tribunal administrativo revisor, y aunque suene extraño, incluso consistentes con los de la parte solicitante. Así, por ejemplo, en las obligaciones del litigante modelo de las “*Legal Services Directions*” de la Mancomunidad de Australia, se requiere que una agencia u órgano involucrado en un proceso de revisión por mérito utilice sus mejores esfuerzos para asistir al tribunal en la toma de su decisión y en el *AAT Act* se establece una obligación estatutaria para el tomador de decisiones de asistir al tribunal con sus mejores esfuerzos (Lucy, 2013, pp. 7-8).

En las palabras de la Comisión Australiana de Reforma Legal el año 2000:

“En los procedimientos ante el tribunal de revisión no hay un conflicto necesario entre los intereses del solicitante y los del organismo gubernamental. Los tribunales y otros procesos de toma de decisiones administrativas no tienen por objeto identificar al ganador de dos partes en competencia. El interés público ‘gana’ tanto como el solicitante ganador porque la decisión correcta o preferible contribuye, por su efecto normativo, a una administración correcta y justa, y a la jurisprudencia y la política pública en la esfera concreta. Se dice que los valores en que se basa la revisión administrativa abarcan el deseo de un sistema de revisión que promueva la legalidad,

*la equidad, la apertura, la participación y la racionalidad. Se puede considerar que la provisión sobre la revisión administrativa encaja perfectamente en un modelo de democracia pluralista y participativa”*⁹ [traducción libre] (Lucy, 2013, p. 7).

De esta forma, quien se beneficia en los procedimientos de revisión por mérito es el interés público puesto que la decisión correcta o preferible en un caso particular contribuye a la buena y justa administración, además de sentar un precedente para situaciones de similares características o para la política pública relacionada a ello.

Habiendo analizado y discutido tanto los elementos que componen el *merit review* como su relación con la revisión judicial, entonces se puede proceder al segundo capítulo de esta Memoria relativo al *AAT* y las políticas públicas administrativas. Como se verá en este capítulo, los elementos que componen la revisión por mérito juegan papeles importantes en la discusión en torno a la revisión de políticas públicas por parte de este Tribunal, y comprender cómo funciona el *merit review* permite entender el razonamiento que utiliza el tribunal en los casos *Drake No1* y *No2* que veremos a continuación y que aporta con la propia visión del *AAT* respecto de su rol en las políticas públicas de la Administración.

⁹ *“In review tribunal proceedings there is no necessary conflict between the interests of the applicant and of the government agency. Tribunals and other administrative decision making processes are not intended to identify the winner from two competing parties. The public interest ‘wins’ just as much as the successful applicant because correct or preferable decision contributes, through its normative effect, to correct and fair administration and to the jurisprudence and policy in the particular area. The values underpinning administrative review are said to encompass the desire for a review system which promotes lawfulness, fairness, openness, participation and rationality. The provision of administrative review can be seen to fit neatly into a model of pluralist and participatory democracy.”* (Lucy, 2013, p. 7)

IV. CAPÍTULO II: EL AAT Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El ejercicio del *merit review* por parte del AAT ha traído como consecuencia que en la revisión de distintas decisiones administrativas sea necesario consultar las políticas públicas impulsadas por el ejecutivo y que ilustran el actuar de los órganos administrativos. Esto, a su vez, ha implicado que respecto de ciertas decisiones sea necesario revisar los fundamentos detrás de estas políticas públicas a la luz de lo que se estima como una decisión correcta o preferible, en razón de que estas pueden resultar ser un factor relevante a la hora de evaluar una decisión administrativa. A raíz de esta situación, se han planteado distintas interrogantes respecto de cuál es el rol del Tribunal respecto de las políticas públicas impulsadas por el gobierno. Particularmente si y hasta qué grado se encuentra constreñido el Tribunal por estas directrices, por ejemplo, en cuanto a la aplicación de estas a la decisión concreta o incluso en cuanto a considerarlas siquiera en su revisión del caso.

En virtud de estas interrogantes es que se revisará el caso emblemático *Drake v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, en especial la repetición de la audiencia o *Drake No2*, a partir de la cual surge la llamada *Drake Doctrine* o doctrina Drake como solución a estas interrogantes, y su evolución hasta la actualidad.

A. Subcapítulo 1: El caso Drake v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs

Dando un contexto al caso, el señor Daniel Dwight Drake emigró a Australia desde los Estados Unidos el año 1968 y se le concedió permiso de residencia permanente el año 1974. El 3 de junio del año 1978, el señor Drake fue condenado por una Corte de Jurisdicción Sumaria en la ciudad de Darwin por tres cargos relacionados al cultivo y tráfico de marihuana. De esta forma fue multado con una suma de \$400 dólares australianos y sentenciado a cumplir doce meses de prisión, con la posibilidad de ser liberado transcurridos tres meses o de pactar un reconocimiento por \$200 dólares australianos en conjunto con una promesa de buena conducta por 2 años (Robertson, 1980, p. 93).

Fue liberado de prisión con fecha 1 de abril de 1978. El 21 del mismo mes, el ministro para la Inmigración y Asuntos Étnicos de Australia ordenó que fuese deportado del país. Ante este escenario, el señor Drake decide apelar la decisión del ministro ante el AAT. El 10 de noviembre del mismo año, dicho Tribunal ratifica la decisión del ministro (Robertson, 1980, p. 93).

De acuerdo con el artículo 44 del Estatuto del Administrative Appeals Tribunal, Daniel Drake apela a la Corte Federal Australiana en virtud de la decisión del AAT. La apelación fue aceptada y se remitió nuevamente el asunto al Administrative Appeals Tribunal para una repetición de la audiencia (Robertson, 1980, p. 93).

En dicha audiencia, el Juez Brennan, entonces presidente del AAT, ratifica una vez más la decisión del ministro de deportar al señor Drake (Robertson, 1980, p. 93).

Ahora bien, para entrar a revisar la decisión del AAT propiamente tal es necesario primero atender a la decisión de la Corte Federal Australiana, la que permite entender el posterior razonamiento del Juez Brennan.

La Corte Federal acogió la apelación del señor Drake en virtud de una alegación que señaló que el Tribunal dio demasiado peso a una afirmación hecha por el ministro respecto a la política migratoria, lo que no permitió que el juez administrativo realizara un juicio independiente (Robertson, 1980, pp. 95-96).

Los jueces de la Corte basaron su sentencia en la distinción que existe entre tribunales administrativos y tribunales o cortes judiciales, señalando que un tribunal administrativo como el AAT no se encuentra sujeto a los mismos límites que una corte. Su misión no consiste en determinar si una facultad administrativa fue ejercitada conforme con un cierto estatuto, sino que radica en determinar, en base a una adjudicación por mérito, si ese ejercicio consiste en una decisión correcta o preferible y si la política gubernamental aplicada es la apropiada (Robertson, 1980, pp. 94-95).

Siguiendo este razonamiento, el Tribunal no se encuentra constreñido incluso en casos donde la legislación no especifica criterios para la toma de decisiones administrativas. El único límite aplicable sería en referencia al propósito por el cual determinada facultad existe, sin atender a consideraciones de índole legal (Robertson, 1980, p. 95).

Ahora bien, en relación con la aplicación de políticas públicas gubernamentales por parte del AAT los jueces Bowen C. y Dean consideraron un fallo anterior denominado *R. v. Anderson; ex parte Ipec-Air Pty Ltd* en el voto mayoritario, a partir del cual se concluye que, si el estatuto que gobierna determinada actividad no establece criterios para la toma de decisiones entonces el oficial administrativo a cargo contará con la posibilidad de aplicar la política general del gobierno en su decisión. A partir de ello, señalaron que en el caso presente resultaba evidente que el estatuto aplicable no señalaba criterios para el ejercicio de la facultad en cuestión, y que además el ejercicio de dicha facultad pertenecía a un ministro de la Corona responsable

directamente al Parlamento, de forma que dicho ministro podía contar con la política gubernamental relevante al caso, que no resultara inconsistente con las provisiones u objetivos del estatuto migratorio (Robertson, 1980, p. 94).

De esta forma y en relación con la posición del Tribunal en esta materia, los jueces determinaron que no existiendo una norma estatutaria que requiriera o autorizara al AAT a resolver el caso de acuerdo con la política gubernamental relevante al caso y donde además el agente primario podía tener en consideración la política gubernamental en la toma de su decisión, el Tribunal también podía considerar esa política como relevante en la revisión de esa decisión. Sin embargo, y he aquí el límite de lo anterior, la ausencia de criterios para la aplicación de un estatuto no permite al Tribunal abdicar su función de determinar si la decisión era la correcta o preferible en favor de una función de determinar si la decisión se ajusta o no a la política gubernamental (Robertson, 1980, p. 95).

Otro punto importante del fallo de la Corte es que los jueces estimaron como no deseable cualquier intento de enmarcar mediante una afirmación de carácter general el papel que las políticas públicas gubernamentales juegan ordinariamente en las determinaciones que realiza el AAT. Esta es una función que corresponde al Tribunal atendiendo al contexto del caso particular y, por otra parte, al balance entre los intereses de una buena administración en relación con la deseabilidad de consistencia en el trato de los ciudadanos y el ideal de justicia en el caso particular (Robertson, 1980, p. 95).

Pero a su vez, la Corte señaló que incluso en aquellos casos en que el Tribunal concluyera que una política gubernamental que fue aplicada por un agente primario fuese inobjetable, y la necesidad de consistencia fuese tal que la decisión correcta o preferible fuese aquella que resultara de la aplicación de la política gubernamental,

dicha decisión debe resultar de una evaluación independiente de todas las circunstancias del caso particular y no de una aplicación sin más de la política gubernamental por parte del Tribunal (Robertson, 1980, p. 95).

La Corte añadió además que como el límite entre ambos enfoques resulta algo borroso, es deseable que en aquellos casos en que el Tribunal decidiera que la aplicación de la política gubernamental conlleva a la decisión correcta o preferible debiera quedar en claro que fue resultado de la conveniencia de la aplicación de dicha política y que además, debiera indicar expresamente las consideraciones que lo llevaron a concluir que la decisión correcta podía ser alcanzada mediante la aplicación de la política de gobierno (Robertson, 1980, p. 95).

En virtud de lo anterior, los jueces concluyeron que la decisión del caso por parte del Tribunal resultó errónea en tanto falló en realizar una evaluación independiente de la política de gobierno del ministro y por tanto en realizar a su vez una evaluación independiente del hecho de que la aplicación de dicha política resultara en la decisión correcta o preferible del caso. Fallando en consecuencia en ejecutar adecuadamente su función (Robertson, 1980, pp. 95-96).

En un fallo separado, el juez Smithers llegó a la misma conclusión. Señaló que el trabajo del Tribunal no es revisar las razones detrás de una decisión sino la decisión en sí y, de esta forma determinar, si en su juicio resulta ser la decisión objetivamente correcta. De esta forma, concluyó que el error no fue que el Tribunal hiciera aplicación de consideraciones en relación con la política gubernamental del ministro, sino que el AAT consideró la aplicación de la política del ministro como fundamental. En su opinión, en el ejercicio de las funciones del Tribunal es esencial que la política adoptada por el agente administrativo sea revisada tan exhaustivamente como su evaluación de las materias relevantes y su proceso de razonamiento, no con el

propósito de determinar si su decisión fue razonable o no, sino con el propósito de decidir en base al estándar objetivo de buena administración si fue la decisión correcta (Robertson, 1980, pp. 93-96).

Habiendo concluido entonces el proceso ante la Corte, el caso cayó nuevamente en la competencia del AAT para la realización de una nueva audiencia. Esta se llevó a cabo frente al juez Brennan, quien, con su fallo, además de poner fin al caso en cuestión, llegó a establecer lo que se denomina Doctrina Drake.

Para su sentencia, además de las consideraciones de la Corte en cuanto al rol que debe jugar el Tribunal en relación a las políticas gubernamentales, citó un fallo anterior de su propia autoría para el caso *Re Becker and Minister for Immigration and Ethnic Affairs*. En dicho momento, el propio juez discutió el rol del Tribunal en relación con el mismo asunto y formuló cuatro aristas a partir de las cuales se puede enfrentar la revisión de una decisión que ordena deportar a un extranjero. El presidente Brennan señaló:

*“Primero, ¿se trata de un caso donde el ministro puede ordenar la deportación? Segundo, si el ministro tiene una política que gobierna o afecta el ejercicio de dicha facultad, ¿su política se ajusta a la ley? Tercero, si la política del ministro se ajusta a la ley, ¿existe alguna razón por la que el Tribunal debiera no aplicarla, ya sea en forma general o particular al caso? Y finalmente, considerando los hechos del caso y habiendo hecho aplicación de las consideraciones políticas a él, ¿resulta que la decisión del ministro es la correcta o preferible?”*¹⁰ [Traducción libre] (Robertson, 1980, p. 96).

¹⁰ “First, is it a case where the Minister may order deportation . . .? Second, if the Minister has a policy which governs or affects his exercise of the power, is that policy consistent with the Act? Third, if the Minister has such a policy, is any cause shown why the Tribunal ought not to apply that policy, either

Teniendo lo anterior en consideración, el Tribunal atendió a la afirmación del ministro respecto de la política migratoria en el caso Drake, ahora Drake No2 y a determinar, a la luz de la sentencia de la Corte Federal, qué rol juega dicha afirmación en el caso concreto. En primer lugar, el juez Brennan problematizó en torno a los límites de lo que puede considerarse como una política pública legítima, señalando que, en el ejercicio de potestades discrecionales y especialmente en materias de expulsión, el ministro debiese adoptar una guía para su ejercicio de forma de evitar a lo que llamó ‘predilecciones personales’ (Robertson, 1980, pp. 96-97).

Ahora bien, en lo que atañe al problema principal, esto es, el rol que juegan las políticas públicas al momento de la revisión de una decisión por parte del AAT, el fallo reiteró la opinión del juez Smithers en tanto no pudo encontrarse un error sustancial en la política expresada por el ministro, y, en consecuencia, no existen razones para que el ministro no la aplique al decidir casos que se encuentren frente a él. Sin embargo, hizo una precisión respecto del término ‘aplicar’, señalando que aquel no implica la adopción incondicional de los estándares y valores de la política en cuestión, sino más bien implica una suposición a partir de la cual no existiendo razones en contrario, sus estándares y valores son los apropiados para guiar las decisiones que caigan dentro de sus términos (Robertson, 1980, p. 97).

De esta forma, el juez Brennan llegó a las siguientes conclusiones respecto de la actitud que el Tribunal debe adoptar al enfrentarse a políticas públicas:

1. En materia de derecho el Tribunal es tan libre como el ministro en cuanto a aplicar la política ministerial. De esta forma el AAT tiene la libertad para

generally or in the particular case? And finally, on the facts of the case and having regard to any policy considerations which ought to be applied, is the Minister's decision the right or preferable decision? (Robertson, 1980, p. 96).

adoptar o no cualquier política pública legítima al ejercer su función de determinar la decisión correcta o preferible.

2. Si el Tribunal opta por aplicar la política ministerial, debe resultar a partir de la asistencia que esta puede brindar en llegar a la decisión que se estima correcta. El juez también añadió que debe aplicarse algún tipo de política orientadora de forma de lograr consistencia en las decisiones.
3. Una decisión administrativa de carácter discrecional es sumamente distinta de una decisión judicial. Ha ocurrido que las cortes han formulado reglas de derecho, pero de ello no se sigue que un tribunal administrativo pueda formular políticas públicas administrativas. La función de adjudicación no es compatible con el diseño de políticas públicas.
4. Considerando la importancia y el impacto que tienen las políticas públicas en la sociedad australiana, no es conveniente que el Tribunal formule dichas políticas.
5. Las políticas administrativas son necesariamente susceptibles de ser revocadas o alteradas en base a consideraciones políticas, y estas se forman y modifican mejor en un contexto político.
6. Si bien el Tribunal no debe y no puede privarse de la libertad de dar o no peso a la política de un ministro, hay importantes razones por las cuales debería hacerlo de forma cuidadosa y excepcional, especialmente cuando dichas políticas han sido revisadas por el Parlamento. Apartarse de dicha política niega su habilidad para supervisar el contenido de la política que guía la discreción que el mismo Parlamento ha creado. El establecimiento de en este caso, una política migratoria general, es una función esencialmente política que debe ser ejercida por el ministro.

7. En algunas ocasiones, pueden existir razones que sugieran apartarse de la política gubernamental, por ejemplo, en casos donde nuevas circunstancias las tornan obsoletas. Sin embargo, si bien el Tribunal puede refinar una política pública de carácter general, su jurisdicción en materias de inmigración responde a una necesidad de mejorar la función adjudicativa y no los aspectos políticos de la decisión de deportar o no a una persona (Robertson, 1980, pp. 97-98).

De esta manera, la práctica que propuso el juez Brennan puede resumirse de la siguiente forma: cuando el Tribunal esté revisando el ejercicio de una facultad discrecional que recae sobre un ministro, y este último ha adoptado una política administrativa de carácter general para guiar el ejercicio de esa facultad, el Tribunal normalmente aplicará dicha política al revisar la decisión, a menos que esta resulte ilegal o que de su aplicación se siga una decisión injusta considerando las circunstancias particulares del caso. En los casos en que se aplicaría ordinariamente, deberán existir razones convincentes que ameriten su no aplicación, especialmente si la política en cuestión ha sido revisada por el Parlamento¹¹ (Robertson, 1980, p. 98).

Habiendo discutido el rol que juegan las políticas públicas en la revisión de decisiones administrativas por parte del AAT, el juez señaló que en el presente caso el mérito de la política gubernamental en materia de expulsión no fue cuestionado por el apelante. De esta forma, afirmó que considerando los términos en que fue redactada la afirmación del ministro, la amplitud con la que invita a considerar las circunstancias relevantes del caso y el margen de discrecionalidad que permite para su ejercicio en cada caso, pareciera correcto aplicar la política gubernamental al presente caso. La

¹¹ A. Robertson añade que la determinación sobre la legalidad de una política gubernamental no tiene por objetivo supervisar el ejercicio de la discrecionalidad del ministro, sino el de determinar si la aplicación de esta política resulta adecuada a juicio del Tribunal (Robertson, 1980, p. 98).

consideración del punto anterior y la posterior revisión de las circunstancias particulares del caso Drake finalmente llevaron a que el juez Brennan optase por ratificar la decisión, poniendo fin al proceso y dando paso a la posterior expulsión del señor Drake (Robertson, 1980, p. 98).

Subcapítulo 2: La doctrina Drake y su evolución

El caso *Drake (No2)* tuvo un profundo impacto en el derecho administrativo australiano. La guía o test que estableció el juez Brennan respecto del papel que juega el AAT en relación con las políticas públicas pasó a ser el estándar a la hora de resolver casos de este carácter. Como se verá más adelante, el tribunal rara vez se aparta de esta aproximación a la problemática y los casos en que lo hace son escasos. De esta forma, ha optado por una posición de deferencia frente a la administración tanto a nivel federal como respecto de entidades estatales.

Los estudios sobre el rol que juegan las políticas públicas en las revisiones del AAT son escasos, incluso en su propio país. Según los autores versados en el tema (Cross, 2022, p. 68), la doctrina Drake ha calado tan profundamente en el sistema de justicia administrativo australiano que continúa siendo prácticamente la misma desde su nacimiento en los años 80, teniendo una escasa evolución. Desde *Drake (No2)* no ha habido casos, entiéndase fallos, con el mismo renombre y los pocos que profundizan en esta aproximación al problema siempre remiten al primero.

Existen pocos trabajos académicos referentes al rol de las políticas públicas en las revisiones del AAT. Se especula que se debe en gran parte al hecho de que la doctrina Drake se encuentra fuertemente arraigada en la práctica del tribunal, por lo que el análisis y discusiones doctrinarias se dieron más bien al inicio de su funcionamiento. A pesar de ello, se ha podido acceder a fuentes recientes que han

permitido abordar tanto la evolución de la doctrina como los problemas que ha presentado.

Este último aspecto será el foco de este capítulo, en donde se desarrollarán los tres problemas principales que ha generado la doctrina Drake en la revisión de casos que involucran políticas públicas. El primer problema se involucra determinar aquellos en los que el Tribunal puede desatender o apartarse de una política administrativa. El segundo se centra en una distinción que surge a partir de otro caso emblemático denominado *Re Becker and Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, anterior al caso Drake y revisado también por el juez Brennan. Este caso establece una distinción entre dos niveles de políticas públicas, aquellas que provienen de una decisión ministerial y otras que provienen del ámbito departamental, asumiendo el Tribunal una actitud distinta tratándose de una u otra. Por último, tenemos una tercera problemática, aquellos casos donde al efectuar una revisión por mérito el AAT se aparta de esta doctrina y falla en base a otros estándares.

De esta manera se podrá analizar la trayectoria del funcionamiento del AAT y los desafíos a los que se enfrenta al momento de revisar los méritos de una decisión administrativa.

i. Casos en los cuales el AAT puede desatender o apartarse de una política administrativa

En el caso Drake, el juez Brennan introdujo un importante precedente respecto de cómo el AAT debe enfrentar casos que involucran políticas públicas. En uno de los puntos más importantes de su decisión establece que cuando se ha establecido una política de carácter general, el Tribunal ordinariamente la aplicará en su revisión. Sin embargo, señala que una política puede ser desestimada en determinados casos. A partir de una lectura de su decisión, puede concluirse que existen a lo menos tres casos

que lo permiten: la política administrativa no se ajusta a la ley; el caso amerita un abandono de la política en cuestión en base a consideraciones de justicia en el caso particular; o bien, la política relevante al caso es obsoleta (O'Callaghan y Howard, 2013, p. 182).

De la doctrina Drake se desprende que, si una política pública resulta ser inconsistente con la ley, entonces dicha política es ilegal y debe ser desechada por el Tribunal. Es más, previo a la aplicación de una política administrativa, aquel debe revisar su legalidad. En aquellos casos en que la política en cuestión contradice directamente la ley, debe ser considerada ilegal. Sin embargo, hay casos donde la contradicción no es evidente pero ameritan su abandono. Uno de ellos, consiste en establecer que una política administrativa es ilegal porque resulta contraria a los fines de la legislación (O'Callaghan y Howard, 2013, p. 182).

Por ejemplo, en el caso *Australian Fisheries Management Authority v PW Adams Pty Ltd*, la Corte Federal revocó una decisión y remitió el caso nuevamente al AAT por considerar que este hizo una aplicación de una política administrativa sin tomar en consideración el objeto de la *Fisheries Management Act 1991*. En ese caso el Tribunal hizo aplicación de una fórmula para calcular las cuotas de pesca sin considerar el tamaño y capacidad de los navíos y en consecuencia los recursos e inversión de los pescadores. El objetivo de la ley era permitir que los pescadores tuviesen aspiraciones comerciales razonables al mismo tiempo que se conservaban recursos, por lo que los elementos anteriores debían ser considerados en la aplicación de la política administrativa (O'Callaghan y Howard, 2013, p. 182).

Otro caso donde se puede abandonar una política que no atenta directamente contra la ley ocurre cuando entra en conflicto con jurisprudencia relativa a la interpretación de preceptos legales. En el caso *Prasad v Minister for Immigration and*

Citizenship, el ministro hizo aplicación de una política en que definía un término relativo a los requisitos para una visa de trabajo. Sin embargo, entraba en conflicto con la definición que dio la jurisprudencia en *Uddin v Minister for Immigration*, por lo que el *Migration Review Tribunal* revocó la decisión del ministro. Decisión que luego fue ratificada por la Corte Federal, señalando que sólo se apartaría de *Uddin* si la definición estaba claramente errada, y que no era el caso, pues el tribunal hizo una aplicación correcta de la legislación (O’Callaghan y Howard, 2013, pp. 182-183).

La segunda hipótesis que permite apartarse de una política administrativa es aquella en que producto de las circunstancias del caso se podría producir un resultado injusto. Por ejemplo, en *Ericson v Queensland Building Services Authority*, el *Queensland Civil and Administrative Tribunal* (también denominado bajo las siglas “QCAT”) revocó la decisión administrativa. El tribunal consideró que la aplicación inflexible de una política sobre requisitos financieros para el otorgamiento de una licencia producía un resultado injusto para el solicitante puesto que se le penalizaba con una suspensión de doce meses que no resultaba razonable a la luz de las circunstancias del caso (O’Callaghan y Howard, 2013, pp. 183-184).

El tercer caso en que se permite a un tribunal ignorar una política relevante en la revisión es aquel donde esta se ha vuelto obsoleta. Es una hipótesis a la que se refirió el juez Brennan explícitamente en la sentencia de *Drake No2*. Esta situación puede producirse cuando, por ejemplo, la legislación aplicable ha sido modificada posterior al desarrollo de la política administrativa. Aunque esta última no resulte ilegal, por inconsistente con la nueva legislación, ya no resulta apropiado aplicarla al caso en virtud de las nuevas circunstancias, por lo que deberá ser descartada (O’Callaghan y Howard, 2013, p. 184).

Habiendo comentado estos casos particulares, cabe mencionar que no son las únicas situaciones que podrían fundamentar un eventual abandono de una política administrativa por el Tribunal. Si bien estos son los casos más claros, existen otras circunstancias que podrían conducir al mismo resultado. En las palabras del juez Brennan “*deberán existir razones convincentes que no ameriten su aplicación*”¹² [traducción libre], dichas razones, pueden variar considerablemente de caso en caso. Como se verá más adelante, el AAT incluso ha invocado razones fuera de la lógica de la doctrina Drake para fundamentar un abandono de la política administrativa atinente al caso.

ii. *La distinción entre políticas ministeriales y políticas departamentales*

En el derecho administrativo australiano se ha dicho que los tribunales de revisión por mérito han dado más peso a políticas provenientes del nivel ministerial que a aquellas de nivel departamental (Edgar, 2009, p. 1). Como se comentará, esto tiene importantes efectos prácticos, especialmente al momento de resolver decisiones que involucran políticas públicas. Sin embargo, no es un tema pacífico y ha sido criticado fuertemente por ciertos académicos que consideran que es una distinción que trae más complicaciones que soluciones para los tribunales.

Andrew Edgar señala que la distinción entre políticas de alto y bajo nivel puede ser comprendida como una guía para establecer un balance entre distintas reglas. Esto significa, en el contexto administrativo, el balance es entre los estándares o requisitos establecidos en políticas públicas y la discrecionalidad. La importancia de esto radica en que funciona como una de las pocas guías sustanciales en la aplicación de políticas públicas por parte de los tribunales (Edgar, 2009, pp. 1-2).

¹² *Unless there are cogent reasons to the contrary (Drake v Minister for Immigration and Ethnic Affairs, 1979, p. 645).*

La distinción entre políticas públicas de alto y bajo nivel se desarrolló durante la década de los años 80, sin embargo, el primero en referirse a ella fue el Juez Brennan en su decisión del caso *Re Becker and Minister for Immigration and Ethnic Affairs* en 1977. En ella expuso que las políticas públicas deberían ser objeto de análisis en procedimientos de revisión por mérito, pero indicando que las políticas ministeriales solo deberían ser objeto de revisión por parte del AAT en circunstancias excepcionales (*Drake v Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, 1979, p. 645). Fue posteriormente desarrollada en materia de pesca y seguridad social. En la primera, se estableció que las políticas ministeriales tienen gran relevancia y deben ser aplicadas ordinariamente a menos que existan circunstancias excepcionales¹³. Por otra parte, en materia de seguridad social, se señaló que las políticas departamentales sirven solo como parte del contexto de la decisión, y que el AAT debe tomar un enfoque precavido, de forma que los estándares y requisitos contenidos en ellas no afecten necesariamente el proceso de razonamiento (Edgar, 2009, pp. 3-4).

Ahora, esta distinción no se desarrolla a partir de una explicación comprensiva sino a través de distintos factores a los que se alude para justificarla. El factor más importante se relaciona a la falta de responsabilidad parlamentaria en políticas de bajo nivel. El Juez Brennan se refirió a ella en *Becker* como una diferencia fundamental entre los dos niveles de políticas públicas y a partir de *Drake (No2)* se concluye que la responsabilidad ministerial puede ser entendida como la razón para dar un peso sustancial a políticas de alto nivel a diferencia de aquellas de bajo nivel, donde no hay involucramiento ministerial o parlamentario. Lo que sugiere a su vez, que las políticas públicas de bajo nivel no cuentan con la legitimidad inherente a las de alto nivel (Edgar, 2009, p. 4).

¹³ Ver *Re Aston and Secretary, Department of Primary Industry* (1985) 8 ALD 366.

Sin embargo, Edgar señala que la primera dificultad de esta sugerencia surge a partir del hecho que, en principio, un ministro es igual de responsable en materia de política departamental como lo es por la propia. Además, que no es el único mecanismo de responsabilidad que opera en respecto de políticas administrativas (Edgar, 2009, p. 5).

Otro elemento al que se refiere para justificar esta distinción se encuentra en que a las políticas elaboradas en consulta con la industria se les debiese otorgar un gran valor. A pesar de que en realidad no sirve como base para la distinción entre políticas públicas de alto o bajo nivel, sino que más bien se relaciona a los procesos utilizados para elaborar políticas públicas (Edgar, 2009, p. 5).

Las consultas son un mecanismo apropiado en el desarrollo de políticas públicas, sin embargo, hay razones de peso para que los tribunales administrativos no las utilicen como el único u otro factor más a la hora de determinar el valor de una política pública. Podría ocurrir, por ejemplo, que una agencia o entidad administrativa manipulara la consulta de forma que la consulta solo reforzara sus predilecciones, ignorando otras opiniones. La dificultad en este punto se refiere a que un tribunal difícilmente puede enterarse si esta estrategia fue utilizada o no, por lo que hay un nivel de incertidumbre respecto de la efectividad de las consultas como guías para establecer el valor de las políticas públicas (Edgar, 2009, p. 6).

Añadido a lo anterior, las políticas departamentales que han sido desarrolladas sin un proceso de consulta no debieran ser tachadas de poco o absolutamente ilegítimas. Estas políticas muy probablemente nacen a partir de interpretaciones relevantes de la legislación, jurisprudencia, y revisiones por mérito. Además, es altamente probable que estas políticas sean desarrolladas a partir del conocimiento de una agencia en relación a los objetivos de la administración para un determinado

programa o su experiencia con casos anteriores de la misma naturaleza. De esta forma una política departamental revelará la pericia de esta última en el área administrativa al lidiar con un gran rango de decisiones. Si los tribunales administrativos no están en buenas condiciones para resolver sobre el contenido de políticas públicas, entonces los factores anteriores sugieren que la mejor forma de enfrentarse al problema debiese ser que se les otorgue gran valor a las políticas departamentales en vez de considerarlas solo información de contexto (Edgar, 2009, p. 6).

Un tercer factor se relaciona a la posibilidad de que políticas públicas de bajo nivel pudiesen suplantar disposiciones legales. El error de esta afirmación radica en que esto es un problema independientemente del nivel de quien elaboró dicha política pública. Aplicar una política que exija requisitos que entren en conflicto con los criterios legales resultará inválida, pero tiene que ver más bien con un problema de revisión judicial más que de revisión por mérito (Edgar, 2009, p. 6).

En virtud de los puntos anteriores, Andrew Edgar señala que la mejor forma de abordar el problema de las políticas públicas en un caso de revisión por mérito es adoptar la posición del caso *Drake (No 2)* sin importar de qué nivel de política se trate (Edgar, 2009, p. 7).

Ahora bien, aplicando la distinción, ¿cómo opera en la práctica el hecho de que los tribunales dan poco valor a políticas públicas departamentales? El mismo autor afirma que existen dos mecanismos mediante los cuales opera. El primero tiene que ver con una revisión de la política en sí, mientras que el segundo consiste en evitar la aplicación de la política en cuestión (Edgar, 2009, p. 7).

El caso paradigmático en la revisión de políticas departamentales por parte de los tribunales es *Re MT and Secretary, Department of Social Security* de 1986. En dicho caso, el Departamento de Seguridad Social rechazó cuatro solicitudes para

beneficios especiales del *Social Security Act 1947*. Hizo aplicación de una política departamental en virtud de la cual los solicitantes no pueden recibir un beneficio especial si ya gozaban de beneficios bajo el programa SAS (*Secondary Allowance Scheme*)¹⁴ o estatales. Sin embargo, el AAT estimó que los solicitantes sí eran elegibles para beneficios especiales y afirmó que el tribunal debe tomar un enfoque cauto a la hora de evaluar políticas departamentales. El tribunal examinó la política en detalle y demostró un desacuerdo con su propósito, por lo que no la aplicó.

Es importante mencionar que el caso anterior resulta consistente con otros casos de seguridad social resueltos durante los años 80 en los que el AAT adoptó un enfoque independiente en cuanto al ejercicio de la discreción administrativa. Incluso en algunos casos (Sharpe, 1986, p. 144) demostró una diferencia radical con las políticas y prácticas del Departamento de Seguridad Social y ha sido descrito como una formulación de políticas públicas por parte del tribunal.

En cuanto a la práctica de evitar la aplicación de una política de bajo nivel, opera un razonamiento distinto. Un ejemplo es el caso *Zhang v Canterbury City Council* de 2001 resuelto por la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur. El caso versaba sobre una solicitud de construcción de un prostíbulo, lo que entraba en conflicto con normas de distancia de proximidad de este tipo de establecimientos con colegios e iglesias establecidas en el plan regulador de la ciudad. El Comisionado de la Corte estimó que la interacción entre los miembros de la comunidad y el establecimiento no podía ser tachado de ofensivo u objetable puesto que se encontraba en un lugar discreto y no había señalización alguna que indicara que se trataba de un prostíbulo. El juez presidente de la Corte caracterizó este razonamiento como un abandono de los estándares de distancia del plan regulador, determinando el caso de

¹⁴ Programa de Remuneración Secundaria [traducción libre].

acuerdo con un estándar diferente, el que existiesen impactos concretos y demostrables. De esta forma, el razonamiento del Comisionado de la Corte puede ser entendido como una forma de evitar la aplicación de una política administrativa de bajo nivel, pues no se examinó o revisó la política en sí, sino que la decisión se tomó en base a otras consideraciones (Edgar, 2009, p. 8).

Ahora bien, cada uno de estos mecanismos trae una serie de problemas cuando son utilizados por el Tribunal para lidiar con políticas públicas involucradas en un caso. Tratándose de la revisión de políticas públicas, la literatura ha señalado que si bien los tribunales administrativos tienen facultades para revisarlas, resulta generalmente inapropiado efectuar esta revisión. Esto se debe a que su ejercicio trae tres problemas (Edgar, 2009, pp. 8-9).

En primer lugar, es muy probable que el Tribunal no cuente con la información necesaria para efectuar una revisión apropiada de la política. Durante la revisión de una decisión, la agencia en cuestión entregará la documentación y antecedentes relevantes para ello, sin embargo, es muy improbable que estos antecedentes se extiendan a la información que esta tuvo en cuenta al momento de elaborar la política pública relevante. De esta forma, el tribunal no tendrá conocimiento de los factores que fueron considerados y analizados cuando esta fue desarrollada y además es probable que, en caso de ser facilitada, esta información sea considerada irrelevante para la revisión. En conclusión, el tribunal no podrá efectuar un fallo informado respecto de la política departamental en estas condiciones (Edgar, 2009, pp. 8-9).

En segundo lugar, hay un problema de responsabilidad. La revisión de una política pública por parte del tribunal no podrá ser objeto de responsabilidad política. Lo anterior ocurre porque si bien el órgano administrativo puede desafiar dicha revisión por medio de una apelación judicial, esta generalmente versará sobre los

méritos de la política más que sus aspectos legales. En consecuencia, la independencia en cuanto a la responsabilidad política de los tribunales administrativos y los límites a que están sujetas las cortes pueden generar un déficit de responsabilidad en el caso que un tribunal optara por revisar determinada política pública (Edgar, 2009, p. 9).

Un tercer punto a considerar es que la revisión de políticas públicas por parte de un tribunal administrativo puede producir inconsistencias entre sus distintos miembros. Puede ocurrir que no todos los miembros de un mismo tribunal estén contestes con la revisión de una política en el caso particular, en consecuencia, puede que posteriormente haya miembros que apliquen una política mientras que otros no. En virtud de lo anterior, si dicha inconsistencia no es resuelta por un miembro presidente del tribunal o en virtud de una apelación judicial, el resultado de una revisión dependerá en gran medida de quien constituya el tribunal (Edgar, 2009, p. 9).

Tratándose del caso en que se evita la aplicación de una política pública por parte del tribunal, el mayor problema surge a partir de la inconsistencia que puede generar en el proceso de toma de decisiones. De hecho, este punto fue abordado por el juez Brennan en *Drake (No2)*. En el fallo el juez reconoce que en los distintos procesos de una revisión por mérito el AAT y el funcionario primario pueden llegar a distintas conclusiones. Sin embargo, es de particular gravedad cuando el tribunal llega a una decisión distinta producto de la aplicación de estándares y valoraciones diferentes a los considerados por el funcionario primario. A su parecer, las políticas administrativas permiten reducir esta diferencia cuando son consideradas un punto de referencia constante por parte de los miembros del Tribunal (Edgar, 2009, p. 10).

Sumado a lo anterior, hay autores que han identificado un potencial problema cuando se da poco valor a políticas departamentales. En este sentido KC Davies, autor estadounidense, quien ha considerado la revisión por mérito como un método ineficaz

de control de las discreciones administrativas, puesto que puede aumentar, más que reducir, la arbitrariedad en la toma de decisiones. Lo mismo han señalado jueces australianos con posiciones de liderazgo en tribunales administrativos (Edgar, 2009, p. 10-11).

De esta forma, se puede observar que en realidad la distinción entre políticas de alto y bajo nivel en realidad trae más problemas que soluciones a la hora de aplicarla en las revisiones de decisiones administrativas. Es por ello que Edgar propone desechar esta distinción y regresar al enfoque más bien deferente del razonamiento de *Drake (No2)* (Edgar, 2009, pp. 11-12).

Como se comentó anteriormente, el juez Brennan propuso una práctica a partir de la cual el AAT debería aplicar ordinariamente una política pública en la revisión de un caso, a menos que dicha política resultara ilegal o existiesen razones de peso que aconsejaren su abandono. Este enfoque puede proveer un marco para la aplicación por parte de los tribunales de revisión por mérito. Sin embargo, este nivel de generalidad requiere de una explicación más detallada. En cuanto a los elementos que constituyen dicho marco, la presunción de aplicación y los casos de abandono pueden desarrollarse, aunque el segundo de ellos es particularmente vago (Edgar, 2009, p. 12).

En *Drake (No2)* el juez Brennan dio la explicación respecto de la justificación del abandono de algunas políticas, por ejemplo, cuando tienden a producir un resultado injusto en las circunstancias del caso particular o cuando hay razones de peso que lo aconsejen. De hecho, afirmó que estas situaciones deben ser escasas, lo que sugiere que el abandono de una política administrativa puede ser apropiada en ciertos casos particulares. Pero con la salvedad de que ello ocurra solo en aquellas circunstancias en que el establecimiento de un precedente resulte improbable (Edgar, 2009, p. 12).

Ahora, cuando se habla de una presunción de aplicación significa que, en un caso ordinario, la política pública en cuestión controlará el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, la política administrativa requerirá de interpretación, de valoración respecto de su relevancia en el caso e incluso interpretación de los hechos del caso. Ello involucra discreción administrativa, lo que puede resultar en decisiones distintas por parte del tribunal de un lado y el órgano en otro. De esta forma, en el caso ordinario cuando se presume la aplicación de la política administrativa existe discreción tanto para el administrador como para el tribunal en apelación y, en consecuencia, espacio para una discusión respecto de cómo la política debe ser interpretada y aplicada a las circunstancias del caso (Edgar, 2009, p. 13).

Por lo tanto, la cuestión sobre el abandono de una política administrativa surge cuando las circunstancias del caso se encuentran fuera de lo ordinario. Aquellas circunstancias pueden ser identificadas en base a guías basadas en interpretaciones judiciales y es de esperarse que a medida que transcurre el tiempo, estas incrementen. Por lo que eventualmente se desarrollarán una serie de factores que permitirán identificar aquellas circunstancias que aconsejan abandonar la aplicación de una política administrativa. Por ejemplo, en materia de seguridad social la Corte Federal y el AAT han desarrollado factores tales como cambios legislativos, fallas administrativas, mala salud, riesgo de suicidio, el impacto en dependientes o gastos especiales. Ejemplos como este muestran que el concepto de circunstancias especiales constituye uno de carácter general y a medida que se resuelven distintos casos, se van desarrollando circunstancias particulares. El razonamiento en el caso de las presunciones y abandonos de políticas administrativas involucra un proceso equivalente (Edgar, 2009, p. 14).

La revisión por mérito es un proceso adecuado para determinar cuándo debe abandonarse la aplicación de una política administrativa. Primero porque pueden discutirse las conclusiones del órgano en relación a las circunstancias particulares del caso y si ameritan un abandono. Segundo, porque los tribunales administrativos generalmente deben dar razones para justificar sus decisiones, las que son públicas. Esto permite desarrollar listas de circunstancias que han sido consideradas especiales y las que no lo son. Además, la referencia a casos anteriores puede mejorar la consistencia de los fallos al facilitar la identificación de casos que podrían ameritar el abandono de una política administrativa, siempre y cuando los miembros de los tribunales expliquen las razones que justifican un abandono. Sin embargo, debe entenderse que este razonamiento no siempre será aplicable a todo tipo de políticas sino solo respecto de aquellas que permiten identificar un claro propósito o un estándar (Edgar, 2009, p. 14).

Por otra parte, el razonamiento desarrollado en *Drake (No2)* permite a los tribunales por mérito evitar la revisión de políticas y enfocarse en vez, en su apropiada aplicación. Esto es de suma relevancia si tomamos en consideración el principio de no encadenamiento [traducción libre]¹⁵, que requiere que en el ejercicio de una discreción no se “encadene” a los asuntos que deben ser considerados por el funcionario primario. De esta forma el funcionario administrativo debe considerar los méritos del caso y estar preparado para abandonar la política administrativa pertinente de ser necesario. Ello requiere de un proceso que facilite argumentos que apoyen el abandono, proceso que tiene lugar en la revisión por mérito puesto que da a una persona, el administrado, la oportunidad de alegar un abandono de forma directa y comprensiva frente al

¹⁵ En el derecho administrativo australiano se conoce como *non-fettering principle* (Edgar, 2009, p. 16).

administrador y además de la posibilidad de cuestionar el material con que el órgano fundamenta su decisión (Edgar, 2009, pp. 15-16).

Este entendimiento respecto del proceso en la aplicación de políticas públicas por parte de los tribunales se encuentra ligado a los objetivos que debe cumplir la revisión por mérito. El objetivo principal es asegurarse de que la decisión sea la correcta o preferible, reconociendo que la revisión por mérito es un mecanismo de queja que permite a un solicitante desafiar la decisión del órgano por medio de argumentos legales, relativos a los hechos, políticas o facultades discrecionales. El objetivo secundario es mejorar el proceso de toma de decisiones por los órganos administrativos a través del efecto normativo. Esto significa que los tribunales desarrollan principios y consideraciones que proveen una guía para la toma de decisiones. Sin embargo, si el órgano ha desarrollado una política administrativa, el rol de desarrollo de estos principios y consideraciones por parte del tribunal toman un rol secundario. El proceso de toma de decisiones debe estar sujeto al control de la política establecida por el órgano. El rol del tribunal será interpretativo y permitirá el desarrollo de circunstancias relevantes a la hora de determinar el abandono de dicha política (Edgar, 2009, p. 16).

El enfoque restringido de la doctrina Drake enfatiza que el órgano no está siendo juzgado en base a su política administrativa sino en base a su decisión. El tribunal busca la decisión preferible tomando en cuenta la política relevante. Mientras que el solicitante puede alegar que la política administrativa puede ser interpretada y por lo tanto aplicada de forma que de paso a otro resultado (Edgar, 2009, p. 17-18).

Utilizando entonces el enfoque propuesto en *Drake (No2)* como señala Edgar, y prescindiendo de la distinción entre políticas públicas de alto y bajo nivel, se puede

dar una solución flexible y más apropiada a los problemas que genera la aplicación tanto de políticas públicas ministeriales como departamentales.

iii. Casos en que el AAT abandona la doctrina Drake

La discusión anterior sirve como un importante antecedente respecto del valor que puede tener la doctrina Drake en la resolución de casos que involucran políticas públicas, añadiendo profundidad y análisis al planteamiento del juez Brennan. Tomando en consideración lo anterior e incluso sin atender a dicha discusión, este enfoque ha sido el mecanismo de resolución de casos que utiliza el AAT cuando se enfrenta a decisiones administrativas que involucran políticas públicas. Sin embargo, hay casos que escapan de esta práctica, como se verá en este subcapítulo.

El AAT es un mecanismo fundamental de resolución de disputas administrativas, tan solo en el período de 2019 a 2020 resolvió 53,336 solicitudes (Cross, 2022, p. 1). Aun así, la percepción de mundanidad que rodea a este tribunal ha significado que no hay mucha discusión o análisis respecto de cómo el AAT hace sus decisiones. Es por ello que el trabajo de Javier Cross resulta muy importante y merece especial atención.

Cross realizó un estudio respecto de las decisiones del AAT en torno al NDIS (*National Disability Insurance Scheme*)¹⁶. El enfoque versa sobre aquellos casos donde un apoyo a una discapacidad es considerado razonable y necesario¹⁷ (Cross, 2022, pp. 63-64) de forma que deba ser financiado por el NDIS. Este tipo de decisiones involucran en gran parte políticas administrativas que versan sobre esta materia, especialmente las *NDIS Guidelines*, es decir, las guías que informan la aplicación y

¹⁶ Seguro Nacional de Invalidez o Programa Nacional de Seguros de Invalidez [traducción libre].

¹⁷ La Sección 34 del *NDIS Act* establece los requisitos para que un apoyo pueda ser considerado como razonable y necesario (Cross, 2022, pp. 63-65).

funcionamiento del NDIS. En consecuencia, resultan ser fundamentales a la hora de evaluar la aplicación de la doctrina Drake por parte del AAT en la revisión de decisiones administrativas, aspecto objeto de este estudio.

El estudio abarcó 125 casos resueltos por el AAT y sólo relacionado a aquellas solicitudes que versaban sobre apoyos a alguna discapacidad que fuesen razonables y necesarios como para ameritar su cobertura por parte del NDIS (Cross, 2022, pp. 69-70). Para evaluar si el AAT aplicó o no la doctrina Drake, dicho estudio se basó en las pruebas o criterios establecidos en *Drake (No2)* a que deben ser sometidas las políticas administrativas para determinar si resultan ilegales o indeseables para, a partir de ello, establecer aquellos casos en que el tribunal anuló la aplicación de la política administrativa.

59 de los casos estudiados consideraron si determinados apoyos a discapacidades podían ser considerados razonables y necesarios. Solo 8¹⁸ de ellos resultaron en la anulación de la aplicación de la política administrativa.

Las políticas administrativas que fueron anuladas consistieron en las siguientes:

1. La NDIA (*National Disability Insurance Agency*)¹⁹ solo reconocerá a proveedores de animales de asistencia reconocidos por ADI (*Assistance Dogs International*)²⁰ – Caso *Nottle v National Disability Insurance Agency (Nottle)*;

¹⁸ Los casos en cuestión son *Nottle v National Disability Insurance Agency* (2021); *TYKL v National Disability Insurance Agency* (2021); *SCHW v National Disability Insurance Agency* (2021); *McKenzie v National Disability Insurance Agency* (2019); *WRMF v National Disability Insurance Agency* (2019); *Ewin v National Disability Insurance Agency* (2018); *Milburn v National Disability Insurance Agency* (2018); y *McCutcheon v National Disability Insurance Agency* (2015) (Cross, 2022, pp. 72-80)

¹⁹ Agencia Nacional de Seguros de Invalidez [Traducción libre]

²⁰ Perros de Asistencia Internacional [Traducción libre]

2. La regla 5.1(c) de las Reglas del NDIS (*NDIS Rules*) prohíbe el financiamiento para el desarrollo de un apoyo con miras a alcanzar una meta mientras el solicitante reciba apoyos establecidos para alcanzar esa meta – Casos *Nottle*, *TYKL v National Disability Insurance Agency (TYKL)*;
3. La cláusula 4.6 de las Guías Operativas (*Operational Guidelines*)²¹ prohíbe el financiamiento de perros de asistencia hasta que sean completamente entrenados – Casos *SCHW v National Disability Insurance Agency, TYKL*;
4. La regla 5.1(d) de las Reglas NDIS prohíbe el financiamiento de apoyos en los que incurre el australiano ordinario – Casos *McKenzie v National Disability Insurance Agency (McKenzie)*, *Milburn v National Disability Insurance Agency (Milburn)*;
5. El NDIS no financiará servicios sexuales, terapia o trabajadores sexuales – Caso *WRMF v National Disability Insurance Agency*;
6. El financiamiento para transporte se encuentra limitado en ciertos casos – Caso *Ewin v National Disability Insurance Agency (Ewin)*;
7. La literatura pública y referenciada, y el consenso en opiniones expertas constituyen una prueba más valiosa respecto de la efectividad de un apoyo que la experiencia personal del solicitante – Caso *McCutcheon v National Disability Insurance Agency (McCutcheon)*.

De estos 8 casos, la mitad fueron resueltos de manera inconsistente con la doctrina Drake. Si se toma en cuenta la cantidad de casos en que el AAT anuló la aplicación de la política administrativa, entonces la mitad de los casos faltan a la aplicación de la doctrina y fundamentan sus fallos en otras consideraciones o estándares. Además,

estos casos abarcan un espacio de tiempo importante en cuanto al funcionamiento del NDIS, considerando que *McCutcheon* data del año 2015, *Milburn y Ewin* de 2018 y *McKenzie* de 2019. Por último, todos los casos involucran políticas administrativas que tienen gran incidencia en la sustentabilidad económica de un programa como el NDIS, por lo que sus resultados merecen especial atención²².

Lo anterior tiene un gran impacto en el derecho administrativo australiano puesto que se puso a prueba la implementación de una doctrina muy importante por el tribunal administrativo más activo en Australia. Los resultados muestran que en realidad el AAT no aplicaría la doctrina Drake en la mayoría de sus decisiones importantes como se asumía anteriormente. De esta forma cabe preguntarse, qué valor tiene este enfoque como mecanismo para la resolución de casos que involucran políticas públicas y si no será necesario replantearse el método o más bien reemplazarlo completamente.

Como se puede observar, la discusión en torno a cómo el AAT se enfrenta a decisiones administrativas que involucran distintas políticas públicas aún no se encuentra resuelta a pesar del poco desarrollo que ha tenido posterior a los años 80. Cada uno de los aspectos revisados revela que aún hay elementos de la doctrina Drake que carecen de claridad, resultan obsoletos o son dispensados completamente en la resolución de casos. Aún hay problemas que requieren de un mayor análisis, ya sea tratándose de la doctrina actual y su implementación en la práctica, como del enfoque mismo que guía la forma como el tribunal se enfrenta a este tipo de disyuntivas.

²² Para un breve resumen de los razonamientos utilizados por el AAT revisar *How the AAT Treats Government Policy in NDIS Decisions as "Reasonable and Necessary Supports"* págs. 73 a 80, o para una información completa consultar directamente cada decisión del AAT.

V. CONCLUSIONES

El derecho administrativo australiano tiene un elemento muy característico, la revisión por mérito. Esta es ejercida por tribunales pertenecientes al poder ejecutivo como un mecanismo de control de las decisiones administrativas y que tiene como objetivo determinar cuál habría sido la decisión correcta o preferible en determinadas circunstancias considerando todos los antecedentes disponibles a la hora de la revisión.

El primer y más importante de estos órganos es el *Administrative Appeals Tribunal* o AAT, que se encuentra en funcionamiento desde finales de los años 70. Este tribunal administrativo es un pilar fundamental del derecho administrativo australiano, particularmente como mecanismo de resolución de controversias entre distintos órganos administrativos y los ciudadanos. Esto con el objetivo de lograr que las decisiones administrativas se ajusten a derecho y cumplan con un estándar de buena administración y justicia para con los ciudadanos australianos.

Dentro de las decisiones que revisa el AAT podemos encontrar casos que involucran políticas públicas o administrativas. Estas decisiones son de gran interés puesto que las revisiones del AAT pueden involucrar también un cuestionamiento o revisión de estas políticas, provocando un conflicto entre el tribunal y la administración.

Como se ha observado, el tribunal cuenta con amplias facultades para cumplir con su cometido al revisar los diferentes antecedentes que pueden incidir en un caso. Sin embargo, respecto de las políticas públicas se ha optado por una posición deferente frente a la administración puesto que el tribunal no es un órgano de control político. De esta forma nace la doctrina Drake, desarrollada por el entonces presidente del AAT, el juez Brennan. De acuerdo con la cual, el AAT deberá sujetar la revisión de una

decisión administrativa a la política pública relevante, a menos que esta resulte ser manifiestamente ilegal o como consecuencia de su aplicación puede darse un resultado injusto para el solicitante de la revisión.

Desde su concepción, este enfoque ha sido la principal guía para la resolución de controversias que involucran políticas administrativas. En consecuencia, se pensó que el punto no merecía mayor reparo o atención. Sin embargo, con el paso de los años y los diferentes casos a los que se ha enfrentado el AAT, se ha demostrado que la doctrina Drake no es invulnerable.

Se han identificado importantes problemas, ya sea respecto del verdadero significado de los términos utilizados para definirla y las consecuencias que ello conlleva; como también en razón de distintos desarrollos, tal como se observó con la distinción entre políticas públicas de alto y bajo nivel; e incluso casos donde la doctrina no ha sido aplicada por el tribunal, fallando en otros términos que no tienen guía alguna sino tan solo los principios que informan la revisión por mérito. Estos elementos han generado incertidumbre respecto de sus consecuencias y preocupa el hecho de que puedan generar inconsistencias en los fallos del AAT al enfrentarse a la aplicación de políticas administrativas.

En conclusión, si bien la revisión por mérito y el AAT resultan ser mecanismos de gran interés e innovación como mecanismos de control, particularmente desde el derecho continental, esto no significa que no conlleven sus propios problemas. Si bien fueron desarrollados con gran atención y con un fuerte apego a los principios que informan el derecho administrativo australiano, particularmente respecto de la protección a los administrados, no puede ignorarse el hecho de que tienen un alto impacto en la vida diaria de las personas. Constituyen un mecanismo de solución de controversias administrativas fundamental en un sistema jurídico moderno pero si no

hay claridad respecto de cómo se enfrentan y atienden casos que involucran políticas públicas, entonces el mecanismo se encuentra en falta.

Esto no quiere decir que no existan posibles soluciones, al menos respecto de ciertos problemas ya existen propuestas, como la desarrollada por el autor Andrew Edgar en cuanto al necesario abandono de la distinción entre políticas públicas. Tampoco desmerece el valor fundamental del razonamiento y enfoque del juez Brennan, que no solo logró dar una respuesta inicial al problema sino que perduró como el único método de solución hasta la actualidad.

Así como en un principio los australianos lograron identificar que existían controversias entre la administración y los ciudadanos que requerían de un mecanismo especial para atenderlo, desarrollaron un modelo y lo llevaron a cabo, no hay duda de que eventualmente estos problemas serán atendidos. El AAT y la revisión por mérito no solo deben ser considerados desarrollos de gran particularidad sino también de gran interés y admiración. Tal vez algún día llegemos a considerar que cuando se trata de una buena administración, no solo debemos prestar atención a que sus decisiones se enmarquen dentro de la legalidad, sino también el que estas decisiones sean correctas o a lo menos preferibles.

VI. ANEXOS

- A. Estatuto del Administrative Appeals Tribunal 1975 (Compilación actualizada y vigente desde el 17 de agosto de 2022):
<https://www.legislation.gov.au/Details/C2022C00224>

B. AAT Members Conduct Guide May 2015

Conduct Guide for AAT Members

Core Values:

- Independence
- Impartiality
- Integrity

Purposes:

- _To set out principles of appropriate conduct and professional behaviour to guide AAT members in their professional duties and in their private conduct as it affects those duties; and
- _To provide a reference point for AAT members' adherence to our three core values and to aid accountability.

Context:

This Guide is to be read in association with *Administrative Appeals Tribunal Act 1975* and other legislation governing the AAT's procedures and the obligations of members under them. It applies to all members, whether full time or part time. The Guide is not exhaustive and does not prescribe conduct for every possible situation. Rather, this Guide informs members of principles for appropriate conduct and behaviour, to assist members in dealing with specific situations as they arise in their professional and personal lives.

This Guide builds upon the broader framework of guidelines for decision-makers in Australia, notably the Australasian Institute of Judicial Administration ‘Guide to Judicial Conduct’ and the Administrative Review Council ‘Guide to Standards of Conduct for Tribunal Members’, which both provide a useful commentary on the relevant principles of conduct, as well as the Conduct Guide for Members of the Victorian Civil and Administrative Tribunal.

It is intended that this guide complements the AAT’s Oath of Office and the Tribunal’s Professional Development Program and Framework of Competencies which refer to the knowledge, skills and personal qualities necessary to the performance of members’ duties and obligations with respect to accountability and transparency. These initiatives all recognise that the AAT is accountable to the community for the provision of reviews that are fair, just, economical, informal and quick, proportionate to the importance and complexity of the matter, and promote public trust and confidence in the decision-making of the Tribunal. AAT Members Conduct Guide Page 2 of 2 22 May 2015

Public Duties

Independence

1. Members should act independently and free from external influence.

Integrity and Fairness

2. Members should act with integrity and honesty.
3. Members should conduct proceedings fairly, including giving each party a reasonable opportunity to put their case.

Impartiality

4. Members should act impartially so that their actions are not biased and do not give rise to an apprehension of bias.

5. In addition to the obligations imposed by section 14 of the *Administrative Appeals Tribunal Act 1975*, members should disclose any personal, financial or business interests, memberships or associations related to any AAT proceeding and where appropriate disqualify themselves from any involvement in that proceeding.

Respect for the Law

6. Members should demonstrate respect for, and carry out their responsibilities in accordance with the law.

Respect for People

7. Members should treat parties, witnesses, representatives, Tribunal staff and officials with courtesy, respect and dignity and demonstrate respect for diversity. It is recognised however that members may be required to act and speak firmly in order to preserve the dignity and integrity of a hearing.

Diligence, Efficiency and Professionalism

8. Members should be diligent, efficient and professional in the performance of their responsibilities.

9. Members should take reasonable steps to maintain and enhance their knowledge, skills and professional competencies necessary for the performance of their duties.

Private Conduct

Integrity

1. Members should not take advantage of or benefit from information not generally available to the public which is obtained in the performance of their Tribunal responsibilities.
2. Members should be diligent in the appropriate use and application of Tribunal resources.
3. Members should not use their membership of the AAT to improperly influence any person.
4. Members should conduct their private interests so as to avoid situations which would bring the AAT into disrepute.

Impartiality

5. Members should avoid any activities, interests or associations which may undermine public confidence in the impartial performance of their Tribunal responsibilities.
6. Members should not accept gifts or hospitality which could reasonably be perceived to compromise a member's impartiality.

Respect for the Law

7. Members should demonstrate a respect for the law in their private lives.

C. Decisión sobre el caso Drake v Minister for Immigration and Ethnic Affairs (21 de noviembre de 1979): http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/AATA/1979/179.html?context=1;query=drake;mask_path=au/cases/cth/AATA

VII. BIBLIOGRAFÍA

Act No.91, 28 agosto 1975, Administrative Appeals Tribunal Act 1975, C2004A01401, Attorney General's (1975)

Administrative Appeals Tribunal. 1979. AATA 179. *Drake and Minister for Immigration and Ethnic Affairs*. [en línea] < {HYPERLINK "http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/AATA/1979/179.html?context=1;query=drake;mask_path=au/cases/cth/AATA"}>.

Administrative Appeals Tribunal. 2015. AATA 624. *McCutcheon and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2018. AATA 4726. *Ewin and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2018. AATA 4928. *Milburn and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2019. AATA 1771. *WRMF and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2019. AATA 3275. *McKenzie and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2021. AATA 135. *TYKL and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2021. AATA 591. *SCHW and National Disability Insurance Agency*.

Administrative Appeals Tribunal. 2021. AATA 1014. *Nottle and National Disability Insurance Agency*.

Australian Government Administrative Appeals Tribunal. 2015. Conduct Guide for AAT Members [en línea] < <https://www.aat.gov.au/AAT/media/AAT/Files/Directions%20and%20guides/Conduct-Guide-for-AAT-Members.pdf> > [consulta: 3 octubre 2020].

Australian Government Administrative Appeals Tribunal. 2020. About the AAT [en línea] < <https://www.aat.gov.au/about-the-aat> > [consulta: 3 octubre 2020].

Australian Government Attorney-General's Department. 2011. Australian Administrative Law Policy Guide [en línea] < <https://www.ag.gov.au/sites/default/files/2020-03/Australian-administrative-law-policy-guide.pdf> > [consulta: 24 septiembre 2020].

ASIMOW, M. y LUBBERS, J. S. 2010. *Merits of merits review: comparative look at the Australian Administrative Appeals Tribunal*. The Windsor Yearbook of Access to Justice 28(2). 25p.

CANE, P. 2009. *Administrative Tribunals and Adjudication*. Oxford y Portland: Hart Publishing Ltd. 313p.

CANE, P. 2010. *Judicial review and merits review: comparing administrative adjudication by courts and tribunals*. Comparative Administrative Law. 24p.

CROSS, Javier. 2022. *The Administrative Appeals Tribunal and The Drake Doctrine: How the AAT Treats Government Policies in NDIS Decisions as to "Reasonable and Necessary Supports"*. Australian Administrative Law Journal 29(60). 22p.

EDGAR, Andrew. 2009. *Tribunals and Administrative Policies: Does the High or Low Policy Distinction Help?*. Sydney, The University of Sydney. 19p.

ESPARRAGA, F. 2014. *Overview of the Australian Commonwealth administrative law system: Preliminary issues for consideration*. Beijing Law Review 5(1). 19p.

KERR, D. D. 2013. *The intersection of merits and judicial review: Looking forward*. University of Queensland Law Journal 32(Merits Review Special Edition). 15p.

LUCY, J. 2013. Core Principles of Merits Review. 15p.

O'CALLAGHAN, Kerrie y HOWARD Michelle. 2013. *Promoting Administrative Justice: The Correct and Preferable Decision and the Role of Government Policy in the Determination*. University of Queensland Law Journal 32(Merits Review Special Edition). 19p.

ROBERTSON, A. 1980. *Case Notes Drake v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*. Federal Law Review 11. 9p.