

DESPUÉS DE *CHEVRON*: EL MARGEN DE DEFERENCIA EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESTADOS UNIDOS Y EL CASO

LOPER BRIGHT

José Ignacio Hernández G.

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

Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y

Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña

Asociado del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales,

Washington D.C.

Resumen: En el Derecho Administrativo de Estados Unidos, el margen de deferencia se había basado en el caso Chevron, de 1984. Según este precedente, las cortes deben abstenerse de revisar la interpretación que las agencias hacen de conceptos jurídicos ambiguos, siempre y cuando la interpretación sea permisible. En el caso Loper Bright, de 2024, la Corte Suprema revocó el precedente Chevron, al concluir que el uso de expresiones ambiguas no puede limitar el control judicial sobre las agencias, pues ello viola las bases constitucionales de tal control. Sin embargo, y de manera más bien tímida, la Corte reconoció que el Congreso puede atribuir a las agencias competencias discrecionales, en cuyo control judicial las cortes deben mantenerse fuera del espacio de políticas públicas. Una forma de interpretar este nuevo criterio es a través de la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, común en el Derecho Administrativo de Hispanoamérica.

Palabras Claves: Margen de deferencia, control judicial de las agencias, discrecionalidad administrativa, conceptos jurídicos indeterminados, doctrina Chevron.

Abstract: In United States Administrative Law, the margin of deference had been based on the 1984 Chevron case. According to this precedent, courts should refrain from reviewing agencies' interpretations of ambiguous legal concepts as long as the interpretation is permissible. In the 2024 Loper Bright case, the Supreme Court overturned the Chevron precedent, concluding that the use of ambiguous expressions by the statute cannot limit judicial control over agencies, as it violates the constitutional foundations of such control. However, in a somewhat timid manner, the Court acknowledged that Congress could grant discretionary powers to agencies, in which judicial

control the courts should stay out of the realm of public policy. One way to interpret this new precedent is by distinguishing between indeterminate legal concepts and administrative discretion, common in Hispanic American Administrative Law.

Keywords: Margin of deference, judicial control of agencies, administrative discretion, undetermined legal concepts, Chevron doctrine.

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Administrativo Hispanoamericano, el margen de deferencia es, en sencillos términos, los límites al control judicial de la actividad e inactividad administrativa derivados de potestades discrecionales y, según los casos, conceptos jurídicos indeterminados. En el Derecho Administrativo de Estados Unidos, esta expresión se conoce como la *doctrina Chevron*, en alusión a la sentencia de la Corte Suprema dictada en 1984¹.

Se conocía, más bien. El 28 de junio de 2024 en el precedente fue revocado por la Corte Suprema en el caso *Loper Bright*². En una primera lectura, Adrián Vermeule ha advertido que este cambio es, principalmente, solo en apariencia, pues lo cierto es que bajo el nuevo criterio, las agencias administrativas gozan de un margen de deferencia³. La nueva sentencia, en efecto, reconoce los fundamentos para un nuevo margen de deferencia, pero de manera bastante imprecisa. Además, esta sentencia debe ser interpretada junto con diversas opiniones de la Corte que, desde 2021, han reducido el ámbito del moderno Estado administrativo, el cual se encuentra en una crisis constitucional⁴.

En tal sentido, la interpretación constitucional del margen de deferencia es, quizás, el tema que mejor permite comprender las diferencias entre el Derecho Administrativo en Estados Unidos y en Hispanoamérica.

¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Hemos optado por traducir la expresión “Supreme Court” como Corte Suprema, pues ésta es la traducción oficial al español que emplea el Gobierno de Estados Unidos.

² *Loper Bright Enterprises et al v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, ___ U.S. ___ (2023) (decidido junto con *Relentless, Inc., et al. v. Department of Commerce, et al.*).

³ Vermeule, Adrian, “Chevron By Any Other Name”, *The New Digest*, 28 de junio de 2024, tomado de: <https://substack.com/home/post/p-146087490> (consulta: 30.6.24).

⁴ Hernández G., José Ignacio, *The Major Questions Doctrine and the Principle of Legal Reserve: A Comparison between the U.S. and Spain*, *Int’l J. Const. L. Blog*, Apr. 12, 2023, tomado de: <http://www.iconnectblog.com/2023/04/the-major-questions-doctrine-and-the-principle-of-legal-reserve-a-comparison-between-the-us-and-spain/> (consulta: 30.6.24).

Así, en el Derecho Administrativo Hispanoamericano, el margen de deferencia responde a la construcción sistemática del Derecho Administrativo, según la cual, la Administración Pública siempre actúa con sometimiento al ordenamiento jurídico, aun cuando la Ley no pre-ordene todo el contenido de esa actividad. La influencia de Eduardo García de Enterría fue fundamental para comprender el rol de los principios generales del Derecho. Estos principios son claves para el control sobre la interdicción de la arbitrariedad, a los fines de procurar el equilibrio entre el ámbito propio de decisión que la Administración Pública requiere y los postulados constitucionales del Estado de Derecho⁵.

Pero en Estados Unidos no existe un sistema de Derecho Administrativo, al menos no en el sentido que tal expresión tiene en el Iberoamérica, inspirado por la doctrina alemana⁶. En realidad, como explicó Schwartz, el Derecho Administrativo en ese país no es el Derecho de la Administración Pública, sino el Derecho de las agencias, cuyo ámbito de competencia es definido en Leyes dictadas por el Congreso, conocidas como estatutos. Fue con ocasión al *New Deal* que el modelo de las agencias -figura creada en el siglo XIX- comenzó a generar tensiones por la concentración de funciones ejecutivas, normativas y jurisdiccionales⁷. Estas tensiones quisieron ser resueltas con la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1946, la cual es en realidad la Ley que rige tanto a la actividad de las agencias como a su control judicial. De esta evolución resultó un Derecho Administrativo preponderantemente exegético, o sea, enfocado en los diversos estatutos, y basado en precedentes judiciales⁸.

La expansión de las agencias, en ausencia de un sistema racional y con las muy precarias bases positivas que la Constitución ofrece al moderno Estado administrativo, generó diversas críticas que apuntan a la ilegitimidad

⁵ García de Enterría, Eduardo, "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública número 40*, Madrid, 1963, p. 198. El trabajo, ampliado, ha sido luego publicado como libro (Cuadernos Civitas, Madrid, 2016). Sobre la influencia de Eduardo García de Enterría en América Latina, desde su concepción de los principios generales del Derecho, véase a Libardo Rodríguez, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en Brewer-Carías, Allan, et al., *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Temis. Bogotá, 2014, pp. 37 y ss.

⁶ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 20 y ss.

⁷ Stewart, Richard, "The reformation of Administrative Law", en *Harvard Law Review*, Volúmen 88, número 8, 1975, pp. 1671 y ss.

⁸ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, 11-12. Existe una traducción al español, a cargo de Luciano Parejo Alfonso: *La abdicación del Derecho: Del imperio del derecho al estado administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

de esa expansión⁹. Puede decirse que buena parte de esas críticas residía en la llamada doctrina *Chevron*, la cual reconoció a las agencias un margen de deferencia que no admite una revisión judicial plena¹⁰. El caso *Loper Bright* responde, precisamente, a esa visión crítica. Al interpretar este nuevo precedente junto con lo que la Corte Suprema ha venido llamando recientemente la *doctrina de las cuestiones mayores*, surge una visión de Estado administrativo que se asemeja al que emergió en el siglo XIX. Pero al mismo tiempo, y de manera contradictoria, hay en la nueva sentencia algunos criterios que podrían llevar a redefinir el margen de deferencia empleando la conocida distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa.

Para estudiar el precedente *Loper Bright* en el contexto actual de las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Estados Unidos, este breve ensayo se divide en dos partes. La primera examina, en sus trazos generales, los criterios sentados en la doctrina *Chevron* y su posterior evolución, en especial, a través de diversas opiniones que han acotado el margen de deferencia. La segunda parte estudia el precedente *Loper Bright*, presentando sus principales problemas desde la perspectiva constitucional del margen de deferencia.

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS Y LA DOCTRINA CHEVRON

A inicios del siglo XX se generó una discusión en el Derecho Administrativo de Estados Unidos, sobre la conveniencia de incorporar el modelo alemán de cortes administrativas especializadas. La propuesta no prosperó, lo que condujo a la aplicación de los estándares de revisión de la Ley de Procedimiento Administrativa por cortes ordinarias, y bajo mecanismos procesales igualmente ordinarios¹¹. En todo caso, y en la práctica, las demandas en contra las agencias que resuelven el tema del margen de deferencia suelen concentrarse en las cortes de Washington D.C.¹².

⁹ Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, Chicago, 2014, pp. 377 y ss.

¹⁰ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, Harvard University Press, 2022, pp. 55 y ss.

¹¹ Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1 y ss.

¹² Barnett, Kent y. Walker, Christopher J., "Chevron in the Circuit Courts", en *Michigan Law Review* n° 116, 2017, pp. 1 y ss. La competencia -o jurisdicción, como se le conoce en Estados Unidos- para conocer demandas en contra de las agencias no depende de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino de

En tal sentido, en la Codificación del Derecho de Estados Unidos¹³, la Parte I del Título V regula a las agencias. Esta parte resume el Código de Derecho Administrativo de Estados Unidos, un dato suficientemente contundente como para abandonar la idea -muy del siglo XIX- según la cual el Derecho Administrativo en Estados Unidos no ha venido acompañado de una codificación administrativa, al prevalecer el precedente judicial.

Esta Parte contiene a la original *Ley de Procedimiento Administrativo*, incorporando en su Capítulo 7 el control judicial, que queda a cargo de las cortes ordinarias. La Sección 701 aclara que el control judicial no tiene carácter universal, en tanto se admiten excepciones, por ejemplo, basadas en Leyes que prohíben la revisión judicial debido a la naturaleza discrecional de la actividad de las agencias¹⁴.

En todo caso, la actividad que sí es controlable judicialmente se rige por los estándares de revisión de la Sección 706, de acuerdo con la cual la corte que conoce de la demanda en contra de la agencia “*decidirá todas las cuestiones de Derecho relevantes, interpretará las disposiciones constitucionales y estatutarias y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos empleados por la agencia*”. El poder de revisión alcanza el poder de declarar la ilegalidad de los fundamentos de hecho y de Derecho, en especial, (i) cuando el acto dictado sea arbitrario, caprichoso, responda al abuso de discreción o sea contrario a la Ley; (ii) cuando el acto sea contrario a los derechos, poderes, privilegios o inmunidades constitucionales; (iii) por exceso de la jurisdicción, autoridad o limitaciones legales, o violación de disposiciones legales; (iv) por inobservancia del procedimiento exigido por la Ley; (v) cuando el acto no esté respaldado por evidencia sustancial, o (vi) cuando se base en hechos revisados por un tribunal¹⁵.

La aplicación práctica del catálogo de vicios de la Sección 706 comenzó a generar problemas, especialmente, en las cortes federales que debían resolver cuestiones cada vez más sofisticadas a cargo de las agencias, quienes debían interpretar expresiones técnicas para dictar reglamentos o

critérios estatutarios y no estatutarios que toman en cuenta diversos factores de conexión. De esto resulta que, en teoría, cualquier corte de distrito, y en apelación, las cortes de circuito, podría conocer de tales demandas. Pero debido a la concentración de agencias en Washington, D.C., tanto la Corte de Distrito como como la Corte del Circuit de D.C., tienden a concentrar la mayoría de esas demandas (p. 29).

¹³ El Título 5 del Código de Estados Unidos recopila, en su Primera Parte, el régimen jurídico de las agencias.

¹⁴ Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise Volumen I*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 975 y ss.

¹⁵ En general, vid. Breyer, Stephan, *et al*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, pp. 287 y ss.

decidir casos concretos, en especial, en materia ambiental. Fue en 1984 cuando, finalmente, la Corte Suprema resolvió estas dudas en el caso *Chevron*. Sin embargo, los principios sobre el margen de deferencia derivados de esa sentencia fueron poco claros, y dieron lugar a diversas excepciones y acotaciones que, en suma, ocasionaron diversas interpretaciones no siempre consistentes. A partir de 2021, la Corte Suprema adoptó un conjunto de opiniones que apuntaban a que este precedente sería revocado, como en efecto sucedió.

1. *La llamada doctrina Chevron y el margen de deferencia*

El caso resuelto en 1984 puede resumirse de la siguiente manera. La Agencia de Protección Ambiental dictó un reglamento -o regulación, como se le conoce en Estados Unidos- interpretando el concepto de “*fuentes estacionarias*” empleado por la Ley de Aire Limpio. En el caso concreto, se disputó esa interpretación, lo que permitió a la Corte Suprema definir el ámbito de control judicial. Esto se hizo a través de dos reglas, conocidas como pasos: (i) si la Ley emplea conceptos determinados e inequívocos, el control judicial es pleno, en el sentido que la corte puede sustituirse en los motivos de Derecho. Pero (ii) si la Ley no es clara, y por el contrario, emplea conceptos ambiguos, entonces, la interpretación de la agencia debe prevalecer, siempre y cuando esa interpretación sea permisible o razonable, por lo que la corte no puede sustituirse en esa interpretación. El test de la permisibilidad, en general, alude a la arbitrariedad de la interpretación adoptada por la agencia, siguiendo así los estándares de revisión de la Sección 706¹⁶.

Es importante observar que el segundo paso no contiene una regla de inmunidad jurisdiccional. Por el contrario, las cortes retienen la potestad jurisdiccional de control para decidir si la interpretación de la agencia es o no permisible. Y esto implica el poder de concluir que la interpretación, por arbitraria, es ilegal. Es preciso observar que esta deferencia solo aplica respecto de las cuestiones de Derecho, y en la medida en que el estatuto contenga expresiones ambiguas. En relación con los fundamentos de hecho, por el contrario, no opera margen alguno de deferencia¹⁷.

¹⁶ Se ha acotado que hay, en realidad, un paso cero, que requiere la atribución, por Ley, de potestades administrativas a las agencias. Cfr.: Sunstein, Cass “Chevron Step Zero”, en *Virginia Law Review* N° 2-92, 2016, p. 187.

¹⁷ El control judicial ha sido considerado como “pleno” (“hard look”) en la revisión de los fundamentos de hecho del acto administrativo, especialmente, desde la perspectiva del procedimiento

El magistrado Stevens, ponente de la sentencia, nunca consideró que estaba cambiando el Derecho Administrativo con un nuevo criterio, sino que más bien intentó fijar reglas basadas en el sentido común y en los criterios tradicionales sobre el control judicial de las agencias. Fueron las cortes federales las que encontraron en este precedente, finalmente, la guía para resolver demandas basadas en cuestiones técnicas. De allí nació la llamada doctrina Chevron, la cual delimita el ámbito de deferencia de las cortes al revisar la actividad de las agencias¹⁸.

A partir de este criterio -considerado como el caso más citado de la Corte Suprema- se edificó el moderno sistema de control judicial, diferenciando entre el espacio de control judicial y el espacio de interpretación de las agencias. Pero la diferencia no fue del todo clara. Así, esta doctrina fue complementada con otros tantos criterios que crearon matices y excepciones, derivando en un sistema que, por desordenado, fue cuestionado¹⁹. Estas críticas no solo aumentaron con el tiempo, sino que además, comenzaron a permear en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

2. *Las críticas a la doctrina Chevron y el surgimiento de la doctrina de las cuestiones mayores*

La doctrina Chevron fue producto de una necesidad: el crecimiento de las agencias y su regulación llevó a las cortes a decidir cuestiones técnicas, que en la práctica, podían implicar decisiones de política pública. La Corte Suprema, de manera indirecta, reconoció que las agencias tienen un poder exclusivo de interpretar discrecionalmente disposiciones ambiguas del estatuto, salvo cuando la interpretación sea arbitraria. Por ello, en la práctica, esta doctrina consolidó el poder de las agencias, o sea, del moderno Estado Administrativo. Pero como avanzamos, la doctrina Chevron resultó en exceso ambigua.

administrativo. Vid.: Breyer, Stephan, *et al*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problemas, Text, and cases*, cit., pp. 386 y ss. Por ello, se reconoce que el poder judicial puede revisar y anular actos que no se apoyen en la evidencia recabada en el procedimiento administrativo (*Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359 (1998), de 26 de enero, p. 380). En especial, el estándar de arbitrariedad ha sido aplicado en casos en los cuales la Administración se ha basado en hechos distintos a aquellos que ha debido considerar, o cuando ha obviado hechos relevantes, adoptando una decisión que carece de respaldo en los hechos. En tales casos, el poder judicial no puede suplir esas deficiencias. Vid.: *Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983), de 24 de junio, p. 463

¹⁸ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, cit.

¹⁹ Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2020, pp. 85 y ss., y 183 y ss.

Así, hay que reconocer que esa interpretación no tiene base clara en la señalada Sección 706 o en la Constitución, en el sentido que en ninguno de esos textos se reconoce el margen de deferencia. En un sistema en el cual la interpretación del Derecho Administrativo no se agota en la interpretación literal de la Constitución y la Ley, este silencio no resultaría determinante. Pero este no es el caso de Estados Unidos, en el cual predomina, actualmente, una visión textualista del Derecho. Por ello, algunos autores han cuestionado la doctrina, al afirmar que ella fomenta el crecimiento arbitrario de las agencias²⁰. Frente a esta posición, se ha observado que el concepto del margen de deferencia no es contrario a la Ley de Procedimiento Administrativo, siempre y cuando ésta sea interpretada no solo desde una visión textualista²¹.

Pero las críticas a la doctrina *Chevron*, en realidad, apuntan a la expansión del moderno Estado administrativo, pues bajo la interpretación originalista de la Constitución, se considera que tal Estado es una creación incompatible con los principios del Gobierno limitado y obrando bajo el imperio de la Ley. La doctrina *Chevron*, como el rostro más visible del moderno Estado administrativo, concentró buenas partes de esas críticas²².

Sunstein y Vermeule han reconocido que la doctrina *Chevron* no establece criterios estables y predecibles de revisión, pero al mismo tiempo advierten que el Congreso no puede agotar la regulación de toda la actividad administrativa, vista sus amplios y diversos cometidos de las agencias. Por ello, proponen acudir a un conjunto de principios de “moralidad” que permiten salvaguardar la racionalidad de la actividad administrativa, incluso en espacios no pre-ordenados por la Ley²³. Lo que estos autores denominan principios de “moralidad”, son en realidad, los principios generales del Derecho Administrativos a los cuales ya estamos acostumbrados en el Derecho de Iberoamérica²⁴.

²⁰ Lawson, Gary S., “The Rise and Rise of the Administrative State”, en *Harvard Law Review* N° 107, 1994, pp. 1231 y ss.

²¹ Vid.: Sunstein, Cass R., *Is Chevron Inconsistent with the APA?* (4 de diciembre de 2020). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3742429> (consulta 30.6.24).

²² Lawson, Gary y Stephen Kam, “Making Law out of nothing at all: the origins of the Chevron doctrine”, en *Administrative Law Review* N° 65 (1), 2013, pp. 1 y ss

²³ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, p. 8.

²⁴ Hernández G., José Ignacio “La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina”, en *Revista de Administración Pública* N° 215, Madrid, 2021, pp. 289 y ss.

Más allá de sus imprecisiones, lo importante tras la doctrina Chevron es que ella reconoció la necesidad de interpretar la separación de poderes, también, desde la perspectiva del Poder Ejecutivo, esto es, reconociendo que éste tiene funciones propias que no pueden ser invadidas por las otras ramas del Poder Público, y en especial, por el Poder Judicial. Bajo esta interpretación, el control de arbitrariedad reconocido en la citada Sección 706 podría reconocer el margen de deferencia de las agencias²⁵. Revocar el precedente *Chevron*, por ende, no era una decisión racional, pues el problema de fondo no es solucionar las muchas dudas que tal precedente genera, sino articular una interpretación constitucional que sostenga al moderno Estado administrativo²⁶. Así, tal margen -como en España ha aclarado recientemente Luis Arroyo Jiménez- mide la intensidad del control judicial, pero nunca niega la existencia de tal control²⁷.

Ahora bien, la composición de la Corte Suprema presida por el magistrado Roberts, en especial desde la incorporación del magistrado Barret en 2020, es predominantemente favorable a lo que se conoce en el Derecho Constitucional de Estados Unidos como el originalismo. Esto es, que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con la intención original y tradicional de sus redactores, lo que supone partir siempre de una interpretación literal e histórica²⁸.

No es sorprendente que, desde esta visión, el moderno Estado administrativo sea cuestionado. Así, mal podría evaluarse el moderno Estado administrativo que surgió del siglo XX, a la luz de la interpretación constitucional del siglo XVIII. Mientras que la constitucionalización del Derecho Administrativo en Hispanoamérica ha asentado las bases fundamentales de esta disciplina²⁹, lo cierto es que el texto de la Constitución de Estados Unidos nada dice sobre tales bases. En realidad, esta Constitución, como no podía ser de otra manera, refleja el pensamiento liberal del constitucionalismo, o libertario, como se le conoce en Estados

²⁵ Sunstein, Cass, "Chevron as Law", *The Georgetown Law Journal* N° 107, 2019, p. 1.669.

²⁶ Vermeule, Adrian, "The Deference Dilemma", 2023, tomado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4594638 (consulta: 30.6.24).

²⁷ Arroyo Jiménez, Luis, "Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo", en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* n° 9, 2024, pp. 144 y ss.

²⁸ Para una discusión sobre los problemas de interpretación constitucional, vid. Sunstein, Cass, *How to interpret the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2023, pp. 8 y ss.

²⁹ Montaña Plata, Alberto, "El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo", en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (ed), *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 14, pp. 63 y ss.

Unidos: el Gobierno actúa bajo el imperio de la Ley y solo puede asumir funciones básicas de tutela del orden público interno y externo.

Pero este constitucionalismo libertario quedó atrás con la interpretación adoptada por la Corte Suprema desde 1937, en el marco de los estatutos dictados con ocasión al *New Deal*³⁰. Esta interpretación toleró -más que justificó- amplios cauces de intervención del Gobierno en el orden económico y social, y como resultado, entendió que el Congreso no podía agotar, en Leyes, todo el proceso de toma de decisiones. El resultado práctico fue la interpretación flexible -más bien diríamos pragmática- de la llamada doctrina de la no delegación, que limita la facultad del Congreso de “delegar” funciones en las agencias. Luego de 1937, en realidad, esta doctrina no ha sido invocada para contener lo que se denomina delegación, y que en realidad, es la asignación, por Ley, de competencias a las agencias. En suma, la interpretación de la Constitución a partir del rol reducido del Gobierno en la economía, conocida como la *era Lochner*, quedó atrás hace ya décadas³¹.

A pesar de esta interpretación de la Constitución favorable a la expansión de los cometidos económicos y sociales del Estado, sigue prevaleciendo la idea según la cual la relación entre el Congreso y las agencias está determinada por la “delegación” de competencias. Pero como lo explicó García de Enterría, la tesis de la delegación niega cualquier sustantividad a la actividad de las agencias, las cuales serían simples instrumentalidades del Congreso³². En realidad, cuando el estatuto asigna a la agencia la potestad de supervisar actividades económicas, no está delegando la actividad administrativa, pues ésta es la función propia del Poder Ejecutivo. Como veremos de seguidas, esta idea de delegación ha sido retomada recientemente por la Corte.

En efecto, al socaire de la interpretación originalista, la nueva composición de la Corte Suprema ha venido acotando, severamente, el ámbito del moderno Estado administrativo, en un grupo de decisiones en las cuales el principio de separación de poderes se interpreta desde la

³⁰ *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)

³¹ En referencia a la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Cfr.: Gillman, Howard, *The Constitution Besieged. The rise and Demise of Lochner Era. Police Powers Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993, pp. 45 y ss.

³² García de Enterría, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo Norteamericano (a propósito de una nueva sistematización del mismo”, en *Revista de Administración Pública* N° 85, 1978, pp. 241 y ss.

centralidad del Congreso y, por ende, la plenitud del control judicial de las agencias derivado del artículo 3 de la Constitución. Este es el resumen de estas opiniones:

- *Alabama Association of Realtors vs Department of Health and Human Services* (594 U. S. ____ 2021). En esta sentencia se afirma que el Congreso debe dominar el proceso de toma de decisiones, por lo cual, los estatutos deben ser expolíticos y claros al empoderar a las agencias.
- *National Federation of Independent Business vs Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, (595 U. S. ____ 2022). En una frase que resume el nuevo pensamiento, se afirma que las agencias son criaturas de la Ley, o sea, que ellas solo pueden actuar sí la Ley expresamente lo habilita, de lo cual resulta la actividad de las agencias es ejecutiva, en el sentido de ejecución material de la Ley.
- *West Virginia vs Environmental Protection Agency*, (2022). Al abordar cuestiones mayores de Derecho, o sea, cuestiones de vasta trascendencia económica y social, el estatuto debe ser claro y explícito, sin que las agencias puedan interpretar expresiones ambiguas. En este caso, se consideró que la regulación ambiental de emisiones en la industria automotriz, al tener vastos efectos, debía ser claramente abordada por el Congreso.
- *Biden vs Nebraska*, (2023). La doctrina de las cuestiones mayores fue aplicada, incluso, en relación con la actividad prestacional o no conativa de la Administración.

El nuevo signo de esta interpretación es la doctrina de las cuestiones mayores, que fue, en realidad, la respuesta de la Corte Suprema para acotar la doctrina *Chevron*. En síntesis, esta doctrina predica que cuando las agencias interpretan cuestiones de Derecho en asuntos de vasta importancia económica y social, las cortes deben considerar que la “delegación” del estatuto debe ser expresa y clara. Esto es, que no las agencias no tienen

potestades para adoptar decisiones de vasto impacto, con base en previsiones ambiguas del estatuto³³.

Autores como Omer Tamir han propuesto estudiar tal doctrina de las cuestiones mayores a la luz de la figura de las materias de la reserva Ley, conocida en Iberoamérica³⁴. Pero como hemos explicado, ambas figuras son muy distintas. Así, las materias de la reserva legal, en Iberoamérica, exigen a la Ley cubrir los aspectos centrales de ciertas materias consideradas sensibles para la convivencia democrática, como es el caso de las limitaciones a la libertad general de la persona. Esta teoría se opone a remisiones en blanco o deslegalizaciones, pero no se opone al reconocimiento de ámbitos de discrecionalidad, al uso de conceptos jurídicos indeterminados, o al desarrollo reglamentario de la Ley. En el Derecho Administrativo Económico, por ejemplo, es esta interpretación la que ha permitido conciliar la reserva legal sobre las limitaciones a la libertad de empresa, y la importancia del reglamento como fuente del Derecho.

Pero la doctrina de las cuestiones mayores parece oponerse al reconocimiento de márgenes de apreciación de las agencias, ni siquiera, con base en “delegaciones” legislativas, pues el proceso de toma de decisiones en tales cuestiones corresponde, en exclusiva, al Congreso. Por ello, como advirtió Sunstein, esta doctrina deja sin efecto la doctrina *Chevron*, en el sentido que en cuestiones mayores, el estatuto no puede emplear expresiones ambiguas cuya interpretación racional pueden concretar las agencias³⁵.

La doctrina de las cuestiones mayores, por ende, podría conducir a reivindicar la no delegación en materias de vasto efecto económico y social, en el sentido que el Congreso debe delegar de manera expresa y clara el poder de las agencias de toma decisiones, que serían así decisiones preordenadas por el estatuto, o como se le conoce en el ámbito

³³ Thomas W. Merrill, “The Major Questions Doctrine: Right Diagnosis, Wrong Remedy, Stanford University”, The Hoover Institution Center for Revitalizing American Institution, 2023, tomado de https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/4197 (consulta: 30.6.24).

³⁴ Tamir, Oren, “Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine (April 18, 2023). Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 62, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4422714> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4422714> (consulta: 30.6.24).

³⁵ Sunstein, Cass, “Two Justifications for the Major Questions Doctrine”, en *Florida Law Review* n° 76, 2024, pp. 251 y ss.

hispanoamericano, decisiones regladas, que no dan lugar a margen de deferencia alguna³⁶.

II. *LOPER BRIGHT*, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DOCTRINA CHEVRON Y EL NUEVO ESTÁNDAR DE DEFERENCIA

El caso *Loper Bright* es la continuación de la línea jurisprudencial que inició con *Alabama Association of Realtors*, en 2021. Esto es, que su propósito final es reducir el ámbito del moderno Estado administrativo, en resguardo del imperio de la Ley y del control judicial basado en el artículo 3 de la Constitución. Pero al mismo tiempo, es preciso considerar que esta sentencia es resultado del compromiso logrado por el presidente de la Corte, de procurar -en la medida de lo posible- un balance entre las posiciones que apoyaban revocar el precedente Chevron, y las posiciones que reconocen que, simplemente, el moderno Estado administrativo no puede desmontarse. Esto explica las tensiones, y eventuales contradicciones, que se aprecian en este fallo.

Así, el presidente de la Corte, magistrado Roberts, redactó la ponencia del caso *Loper Bright*, con el voto de los magistrados Thomas, Gorsuch, Alito, Kavanaugh y Barret (los dos primeros con votos concurrentes) Estos magistrados, con sus importantes diferencias, componen lo que podría llamarse el ala conservadora o libertaria de la Corte, que de una u otra manera, apoya el canon originalista. Los magistrados de ala progresista (llamada, para confusión de los hispanos, liberal) disintieron, esto es, los magistrados Kagan, Sotomayor y Jackson.

Esta mayoría solo tiene un punto en común: revocar el precedente *Chevron*, no solo por su imprecisión sino por su incompatibilidad con el control judicial derivado del artículo 3 de la Constitución. Más allá de ello, no es posible encontrar, en la sentencia, una línea coherente de interpretación sobre cuál debe ser, entonces, la relación entre las agencias y el Poder Judicial, luego del caso *Chevron*. Esto quiere decir que *Loper Bright* se limitó, básicamente, a revocar este precedente, pero sin proveer una interpretación constitucional coherente sobre el margen de deferencia. Tal silencio no es, en absoluto, producto de una deficiente redacción de la ponencia. Por el contrario, creemos que ese silencio fue calibrado por el

³⁶ Walker, Christopher J. "Responding to the New Major Questions Doctrine", en *46 Regulation* n° 46, 2023, pp. 26 y ss.

presidente Roberts para lograr una fórmula de consenso que, eliminando la doctrina *Chevron*, dejase intacto -al menos, en sus trazos centrales- las bases del moderno Estado administrativo.

1. *La inconstitucionalidad del precedente Chevron: la ambigüedad del legislador no da lugar a poderes discrecionales*

El caso *Loper Bright* se relaciona con la regulación de la industria pesquera, basada en una Ley aprobada en 1976³⁷. La agencia a cargo de la implementación de esa Ley es el Servicio Nacional de Pesca Marina (NMFS, por sus siglas en inglés). Bajo esa Ley se dictó una regulación según la cual, para cumplir con mandatos de inspección sobre los buques de pesca, sus operadores pueden ser emplazados a asumir el costo de tal inspección. Esta regulación fue cuestionada en cortes, al considerar que la agencia actuó fuera del ámbito de la Ley. La demanda fue desestimada en las dos instancias de la Corte de Distrito y de Circuito de Washington, D.C., en parte, al considerar que de acuerdo con la doctrina *Chevron*, debía prevalecer la interpretación de las agencias realizada a conceptos estatutarios ambiguos.

La Corte Suprema revisó las sentencias, partiendo precisamente de la aplicación del precedente *Chevron*, el cual fue revocado. El razonamiento que llevó a la Corte a adoptar esta decisión queda resumido en cuatro conclusiones.

La *primera conclusión* es que las cortes, con base en el artículo 3 de la Constitución, tienen la atribución de ejercer la función jurisdiccional sobre casos o controversias, poder que no puede ser coartado. Por ende, y de acuerdo con los Padres Fundadores -o Framers- la interpretación última de las Leyes corresponde al Poder Judicial, como fuera afirmado en el caso *Marbury vs Madison*³⁸. La sentencia recuerda que este control judicial fue codificado en la comentada Sección 706, la cual no reconoce ningún estándar de deferencia que limite el ámbito de control judicial. Por ello, en el voto concurrente del magistrado Thomas, se concluye que *Chevron* viola la separación de poderes (en tanto impide al Poder Judicial actuar en el ámbito del citado artículo 3). La conclusión de este principio es que no puede haber ninguna arista de la actividad -o inactividad- administrativa inmune de control judicial.

³⁷ Véase <https://www.fisheries.noaa.gov/topic/laws-policies/magnuson-stevens-act>

³⁸ En concreto, se citó El Federalista n° 78, de Hamilton. Véase: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp

Esta primera conclusión merece algunos comentarios. La interpretación de la mayoría parece considerar que el margen de deferencia viola la independencia del control judicial. Pero lo cierto es que la aplicación e interpretación de la doctrina Chevron por las cortes de primera y segunda instancia, respondió a la libre apreciación de éstas, incluso, para matizar el alcance práctico de esta doctrina. La propia sentencia reconoce, en varios pasajes, que en la práctica, tal doctrina había derivado en diversos criterios, lo que demuestra que, en suma, el margen de deferencia es resultado del control judicial independiente, y no de una imposición que coarta la función jurisdiccional.

Además, lo cierto es que no hay contradicción alguna entre el *judicial review* basado en *Marbury vs Madison* y el margen de deferencia³⁹. El control judicial de la Constitución no implica que todo el ámbito de acción estatal y, en concreto, de la actividad administrativa de las agencias, puede ser controlado. En suma, el *judicial review* es resultado del contraste entre la actividad estatal y el ordenamiento jurídico. Pero si la Ley deja a las agencias un ámbito de decisión no pre-ordenado, en ese espacio -o laguna, como se le conoce en Estados Unidos- no opera un control judicial pleno sino deferente. Tal debería ser el sentido del estándar de arbitrariedad de la Sección 706, que es en realidad útil para determinar la racionalidad de la opción discrecionalmente escogida por la agencia⁴⁰.

La *segunda conclusión* es que, de acuerdo con la tradición de ese control, el ejercicio independiente de la función judicial usualmente pasa por mantener el debido respeto a la interpretación de los estatutos por el Poder Ejecutivo, especialmente, cuando esta interpretación es consistente en el tiempo. De inmediato -y de forma confusa- la Corte advierte que el respeto es solo eso, y que las opiniones del Ejecutivo pueden informar las opiniones del Judicial, pero no pueden sobreponerse a éstas.

En realidad, la Corte aludió a la deferencia, pero sin mencionarla. El respeto a las decisiones de las agencias no es, por supuesto, una regla de cortesía sino una regla de decisión que impide a la corte invadir el espacio propio de la agencia. Al respecto, la sentencia comentada recordó cómo, hasta la Ley de Procedimiento Administrativo, la interpretación de asuntos

³⁹ Sobre ello, vid. Monaghan, Henry P., "Marbury and the Administrative State", en *Columbia Law Review* n° 83-1, 1983, pp. 1 y ss. Es paradójica a mención a Marbury, pues lo cierto es que el *judicial review* de la Constitución no está expresamente reconocido en el Texto, no puede inferirse literalmente de *El Federalista*.

⁴⁰ Véase en este sentido, a Scalia, Antonin, "Judicial Deference to administrative interpretation of the law", en *Duke Law Journal* n° 3, 1989, pp. 511 y ss.

de hecho realizada por las agencias era *respetada*, deferencia que sin embargo no era reconocida a la interpretación de asuntos de Derecho. Citando un caso de 1940⁴¹, la Corte recordó que la conclusión entonces asumida era que esa interpretación es un asunto justiciable. Pero como la sentencia recordó, en el caso *Skidmore* de 1944, se afirmó que la interpretación técnica de la Ley por las agencias marca un elemento importante en la revisión judicial, pero el peso de esa interpretación dependerá de diversos factores relacionados con la racionalidad y razonabilidad⁴².

Empero, de acuerdo con la Corte, la citada Sección 706 no otorga cobertura al control deferencial de la doctrina *Chevron*. Aquí, la Corte partió de la interpretación literal de esa Sección y de su análisis histórico, al resumir cómo la opinión original de tal Sección apuntó al reconocimiento del control judicial pleno de las agencias. Con lo cual, la segunda conclusión es que los estándares de revisión judicial derivados de la Sección 706 no admiten ninguna exclusión contraria al control judicial independiente de la actividad de las agencias.

Sin embargo, debemos volver sobre el estándar de arbitrariedad reconocido en la citada Sección 706, que es útil cuando el control judicial no consiste en subsumir la actividad de la agencia con el estatuto. Cuando éste tiene lagunas, esa subsunción no es posible, no al menos en el sentido tradicional. En especial, cuando esas lagunas -como luego veremos- otorgan a las agencias la facultad de escoger entre varias opciones, el control judicial no puede determinar cuál es de esas opciones es la que respeta el contenido del estatuto. Por el contrario, aquí el *judicial review* adquiere una especie de matiz negativo, que le permite declarar arbitraria la opción discrecionalmente seleccionada por la agencia. Y ello solo es posible si se parte de un margen de deferencia⁴³.

La *tercera* conclusión es que la deferencia bajo la llamada doctrina *Chevron*, es inconsistente con la Ley de Procedimiento Administrativo. Hasta ese precedente, las cortes, de manera independiente y en un análisis caso por caso, revisaban la interpretación del estatuto por las agencias. Pero el llamado segundo paso de la doctrina *Chevron* -bajo el cual el control judicial debe presumir la validez de la interpretación de conceptos ambiguos del estatuto- desafía el principio de la Sección 706, conforme al cual, las cortes

⁴¹ *United States vs. American Trucking Assns., Inc.*, 310 U.S. 534 (1940)

⁴² *Skidmore vs. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944)

⁴³ Manning, John, "Chevron and Legislative History", en *The George Washington Law Review* n° 82, 2014, pp. 1517 y ss.

tienen el poder de revisar todas las cuestiones relevantes de Derecho, incluso, respecto interpretaciones inconsistentes de las agencias. Las ambigüedades contenidas en el estatuto no implican una delegación implícita a la agencia, y por ende, las cortes retienen el poder de revisar la interpretación de esas ambigüedades. En el voto concurrente el magistrado Gorsuch advirtió que el precedente *Chevron* se había apartado de principios fundamentales del *common law*, al cercenar el poder de interpretación judicial.

Como se observa, el reparo de la Corte consiste en la regla creada en *Chevron*, según la cual, la interpretación “permisible” de ambigüedades en el estatuto por la agencia, se presume válida, lo que implica que el control judicial no puede sustituir tal interpretación. Empero, para la mayoría sentenciadora, las agencias no tienen una competencia especial para resolver ambigüedades del estatuto: las cortes son quienes tienen tal poder. Una importante acotación que hace la sentencia es que el diseño de políticas públicas no deviene del uso de términos ambiguos por la Ley, pues esa interpretación es un asunto de Derecho. Y las cortes son el último intérprete de esas cuestiones de Derecho.

Si hacemos abstracción de cómo esta conclusión fue enmarcada en la sentencia comentada, debemos coincidir en que la crítica en la cual se sostiene es correcta. Así, la esencia de la doctrina *Chevron* pasa por considerar que el uso de términos ambiguos, vagos o imprecisos en el estatuto supone siempre una decisión discrecional basada en consideraciones de política pública. Pero ello no siempre es así. El solo uso de una expresión vaga no puede suponer la atribución implícita de poderes discretos, en tanto éstos deberían ser asignados expresamente por el estatuto.

En resumen, la tercera conclusión es que el margen de deferencia basado solo en expresiones ambiguas se consideró incompatible con los principios constitucionales y legales del control judicial de las agencias.

Finalmente, la *cuarta* es que este control judicial pleno, basado en el artículo 3 constitucional y la Sección 706, deja a salvo aquellos casos en los cuales el estatuto autoriza el ejercicio de poderes discretos, incluyendo la competencia de precisar las materias tratadas en el estatuto, eventualmente, mediante la potestad reglamentaria. En estos casos, el control judicial requiere “interpretar independientemente el estatuto y hacer valer la voluntad del Congreso dentro de los límites de la Constitución”. El control judicial pasa por determinar que, en efecto, el estatuto ha empoderado al

ejercicio de la discrecionalidad, y permite además determinar si la agencia adoptó un proceso racional de toma de decisiones, citando entre otros el caso *State Farm*⁴⁴. Por ello, y en conclusión, el control judicial no se opone al reconocimiento, por Ley, de poderes discrecionales que permiten a la agencia complementar la Ley, incluso, mediante reglamentos. El control judicial se orienta, entre otros aspectos, a prevenir la arbitrariedad.

Esta es, para nosotros, la principal conclusión de la sentencia. Pero lamentablemente, su contenido no fue suficientemente elaborado, pues el interés primero era justificar la revocatoria del precedente *Chevron* pero dejando por fuera consideraciones que hubiesen impedido al presidente Roberts, ponente de la decisión, asegurar la mayoría necesaria. En la siguiente sección volveremos sobre esta observación.

De esa manera, las cuatro conclusiones de esta sentencia son: (i) no puede haber ninguna arista de la actividad -o inactividad- administrativa inmune de control judicial; (ii) los estándares de revisión judicial derivados de la Sección 706 no admiten ninguna exclusión contraria al control judicial independiente de la actividad de las agencias; (iii) las reglas de deferencia derivadas del precedente *Chevron* se consideraron incompatibles con los principios constitucionales y legales del control judicial de las agencias, y (iv) el control judicial no se opone al reconocimiento, por Ley, de poderes discrecionales que permiten a la agencia complementar la Ley, incluso, mediante reglamentos.

2. ¿Hacia la doctrina *Loper Bright*? El problema no resuelto de la deferencia.

Las cuatro conclusiones resumidas en la sección anterior llevaron a la Corte a resumir su posición de la siguiente manera:

“(El precedente) *Chevron* es revocado. Los tribunales deben ejercer su juicio independiente para decidir si una agencia ha actuado dentro de su autoridad legal, como lo requiere la (Ley de Procedimiento Administrativo). Para este objetivo, es de utilidad analizar la interpretación adoptada Poder Ejecutivo. Cuando una ley en particular delega autoridad a una agencia de acuerdo con los límites constitucionales, los tribunales deben respetar la delegación, al tiempo que se aseguran de que la agencia actúe dentro de ella. Pero los

⁴⁴ *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n vs. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983)

tribunales no necesitan y, en virtud de la (Ley de Procedimiento Administrativo), no pueden diferir a una interpretación de la Ley por parte de una agencia simplemente porque la Ley es ambigua”.

De esta conclusión se infiere, entonces, que la llamada doctrina *Chevron* podría haber sido sustituida por la doctrina *Loper Bright*, la cual se basa en tres principios:

El *primer principio* es que la Ley debe atribuir a la agencia la competencia para ejercer potestades. Sin esa habilitación, las agencias no pueden actuar.

El *segundo principio* es el siguiente: cuando la Ley que asigna competencias emplea términos ambiguos, ello no implica habilitación alguna para que las agencias puedan definir, a su arbitrio, esos términos. Por consiguiente, el control judicial de estos conceptos jurídicos ambiguos no es deferencial, ni se limita a determinar si la interpretación del estatuto es permisible. La interpretación de cuestiones ambiguas de Ley no responde al ámbito de las políticas públicas, por lo cual, el control judicial es pleno.

El *tercer principio* es que, cuando la Ley confiere potestades discrecionales, el control judicial queda fuera del ámbito de las políticas públicas, pero siempre controlando los aspectos determinados en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Si tomamos estos tres principios, y hacemos abstracción del marco constitucional empleado en la sentencia, podemos concluir que el margen de deferencia no solo no fue eliminado, sino que por el contrario, su contenido fue mejorado en relación con el precedente hoy revocado. Así, el control judicial deferencial no depende del uso de conceptos ambiguos en el estatuto, sino de la atribución, por Ley, de poderes discrecionales, incluso, para precisar o complementar expresiones ambiguas. Cuando el Congreso atribuye esos poderes discrecionales, las cortes deben quedar fuera del espacio de políticas públicas, lo que supone, principalmente, que *el judicial review* se orienta a determinar si la opción escogida por la agencia es arbitraria, en el sentido de la Sección 706. Esto quiere decir que la corte no puede sustituirse en la interpretación de cuestiones de Derecho y que dan lugar a decisiones discrecionales no arbitrarias⁴⁵.

⁴⁵ Por ello, como ha concluido Cass Sunstein, *Loper Bright* puede prestarse a diversas interpretaciones que dependerán de factores exógenos, como la composición de las cortes inferiores y la tendencia política del Gobierno. Cfr.: “The Consequences of *Loper Bright* (July 01, 2024)”, tomado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=> (consulta: 30.6.24).

Pero esta sentencia no puede ser interpretada en abstracto. Así, como explicamos, esta decisión es parte de una línea jurisprudencial crítica al moderno Estado administrativo. Además, y a pesar de enunciar el control judicial deferente, lo cierto es que la sentencia no logra explicar los fundamentos constitucionales del control deferencial de la asignación de competencias discrecionales, ni tampoco aclara en detalle cual es el ámbito del control judicial, o cómo impedir que las cortes invadan el espacio de políticas públicas que deriva de la discrecionalidad. La separación de poderes se estudió solo desde el artículo 3 de la Constitución, pero sin tomar cuenta si el Poder Ejecutivo tiene, también, funciones propias que quedan fuera del ámbito del control judicial. En realidad, la mayoría sentencia solo consideró un lado de la moneda -el lado de juzgar- pero obvió el otro lado -administrar-.

Desde la perspectiva de las sentencias ya mencionadas, el caso *Loper Bright* pudiera ser considerado como una pieza más de la interpretación constitucional que, en la relación jurídico-administrativa agente-principal, considera que el Congreso es el principal, esto es, que las agencias cumplen un rol fiduciario respecto de éste⁴⁶. Tal lectura explica el concepto de delegación, y niega toda sustantividad propia a las agencias, en tanto éstas se someten a la voluntad del Congreso, a quien sirven. Asimismo, tal lectura explica la aversión a cualquier control judicial deferente, pues tal deferencia implicaría una ruptura de la relación agente-principal. A su vez, el control judicial coloca al Poder Judicial -y a la Corte Suprema- en un primer orden dentro de la separación de poderes. De esa manera, no solo las cortes tienen la última palabra en la revisión de la actividad de las agencias en función a su compatibilidad con el estatuto, sino que también, tienen la última palabra en relación con la compatibilidad del estatuto con la Constitución.

Esta lectura justifica el enfoque del cual parten los magistrados disidentes, al señalar que la doctrina *Chevron* -considerada como la base del Derecho Administrativo- se basaba en las diferentes funciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, y en la capacidad técnica y experticia de las agencias. En el marco de principios como la transparencia y *accountability* (expresión desconocida en el español, pero referida usualmente como rendición de cuentas), las agencias deben contar con un ámbito de decisión que no admite

⁴⁶ La relación agente-principal permite entender, desde las políticas públicas, quién es el sujeto cuyos intereses son representados y protegidos por agentes que actúan, a los fines de identificar potenciales conflictos y problemas. El nombre de "agencias" se usa, precisamente, para resaltar que éstas cumplen un rol fiduciario. La cuestión de interpretación constitucional es definir quién es el principal.

poder de sustitución de las cortes. Si esa diferencia no se toma en cuenta, entonces, el Poder Judicial podría invadir funciones propias del Ejecutivo. Para los disidentes, la Sección 706 no exige que el control siempre sea pleno (o como se le conoce, el control *de novo*), pero tampoco requiere que siempre sea un control deferencial.

Pero frente a la lectura a favor de la primacía del Congreso, otros pasajes de la sentencia comentada sugieren una lectura que reconoce el estatus constitucional de las agencias. De manera imprecisa, como vimos, la Corte reconoce que, de manera tradicional, se ha aceptado que el control judicial debe guardar “respeto” a las interpretaciones de las agencias, pero sin aclarar qué se entiende por “respeto” y, lo más importante, sin enfocar tal “respeto” desde el margen de deferencia. Pero aquí, como Sunstein ha observado, es muy importante que la Corte haya mantenido el precedente *Skidmore*, de 1944⁴⁷. En ese caso *Skidmore*, la Corte Suprema concluyó que las decisiones dictadas por las Administraciones Públicas pueden tener una “autoridad persuasiva”, en la medida en que se trate de decisiones consistentes. En *Loper Bright*, los precedentes *Chevron* y *Skidmore* fueron interpretados con base en la restricción al control judicial independiente: mientras que el primero obliga a una deferencia vinculante a la interpretación de las agencias, el segundo permite considerar, independientemente, si la interpretación del estatuto realizada de manera consistente por las agencias es correcta. Por lo tanto, bajo *Skidmore*, el control judicial independiente sobre potestades discrecionales -y no ya en relación con la interpretación del conceptos jurídicos ambiguos- sería deferente.

En la sentencia comentada hay dos visiones en conflicto. En una, se parte de la primacía del Congreso y del control judicial pleno sobre la interpretación del estatuto; en la otra, se admite con bemoles un control deferente. La Corte Suprema no logró solucionar el problema de la deferencia, que es ante todo un problema de la separación de poderes. En lugar de centrar la atención solo en el precedente *Chevron*, la Corte ha debido mirar más allá para resolver en qué medida la interpretación constitucional del principio de separación de poderes también protege al Ejecutivo frente a intromisiones judiciales, recordando en todo caso que no todo el control sobre el Ejecutivo debe ser judicial.

Frente a esta confusa situación, una posible interpretación de *Loper Bright*, aplicando al Derecho Administrativo Hispanoamericano como

⁴⁷ “The Consequences of *Loper Bright* (July 01, 2024)”, cit.

referencia, es diferenciar entre el control judicial pleno de los conceptos jurídicos indeterminados, y el control judicial deferente de la discrecionalidad administrativa⁴⁸.

Así, el control de los conceptos jurídicos indeterminados coincidiría con el control de la interpretación de conceptos ambiguos en el estatuto, y que como tal, no requieren margen de deferencia alguno⁴⁹. La doctrina *Chevron*, en estricto sentido, no abordó el tema de la discrecionalidad sino de la ambigüedad. Recordemos el que es, quizás, el pasaje más famoso del hoy extinto precedente:

“(…) si el estatuto guarda silencio o es ambiguo con respecto a una materia en específico, la cuestión que debe resolver la corte es si la conclusión de la agencia se basa en una interpretación razonable de la corte”

Esta afirmación descansó en el caso *Morton*⁵⁰, y considera que si el Congreso ha dejado explícitamente una laguna para que sea llenada por la agencia, debe entenderse que hay una “delegación” expresa (o incluso implícita) a favor de la agencia para llegar esa laguna, incluso, mediante reglamentos, los cuales deben prevalecer salvo que las decisiones administrativas resulten arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la Ley. El tribunal, concluía *Chevron*, no puede sustituir una interpretación razonable hecha por el administrador de una agencia por su propia interpretación de una disposición legal.

⁴⁸ Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023, pp. 222 y ss.

⁴⁹ En realidad, existen dos posiciones en torno a los conceptos jurídicos indeterminados, denominados también discrecionalidad técnica. Una posición, que parece la más difundida, considera que la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, en sí mismo, no da lugar a valoraciones discrecionales, de lo cual resulta que el control judicial es plano. Pero una posición sostiene que, a pesar de lo haber un margen de apreciación discrecional, la interpretación técnica de conceptos indeterminados realizada por la Administración requiere una revisión judicial deferente, ante la especialidad y mejor capacidad técnica de la Administración. Esta solución, como puede observarse, coincide con el margen de deferencia derivado de la hoy extinta doctrina *Chevron*. Véase nuestro estudio previo “El margen de deferencia y la justicia administrativa: un análisis comparado entre Iberoamérica y Estados Unidos” (2024) en: <https://www.joseignaciohernandezg.com/documents/el-margen-de-deferencia-y-a-justicia-administrativa-un-analisis-comparado-entre-iberoamerica-y-estados-unidos/> (consulta: 30.6.24).

⁵⁰ *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974). Según esta sentencia, el poder de la agencia de administrar un programa creado por el Congreso requiere necesariamente abordar aspectos de política para llenar las lagunas que el estatuto deja.

Desde la luz de los conceptos jurídicos indeterminados, la principal conclusión de *Chevron* es criticable. Tomando el ya tradicional ejemplo del “edificio en ruinas”, habría que observar que el uso de términos vagos - típicamente técnicos- no conlleva, en sí mismo, reconocimiento de potestades discrecionales para su interpretación y aplicación por la Administración Pública, en tanto solo hay una opción legal: el edificio, o está en ruinas, o no está en ruinas. No podría la Administración considerar que el uso de este concepto jurídico indeterminado le otorga discrecionalidad para decir, conforme a un juicio de conveniencia, si el edificio podría estar en ruinas, dependiendo de las exigencias del interés general⁵¹. Con lo cual, y en clave comparada, coincidimos con la crítica a *Chevron*: el uso de conceptos jurídicos indeterminados no implica, siempre, el reconocimiento de un margen de apreciación.

Pero como también sucede en el Derecho Administrativo Hispanoamericano, la Ley puede confiar a la Administración Pública poderes discrecionales para interpretar, en cada caso concreto, la solución más conveniente al interés general, de lo cual resulta que hay varias opciones válidas, sin que el control judicial pueda sustituirse en el juicio de oportunidad y conveniencia. Volvamos al pasaje de *Loper Bright* que, con toda seguridad, pasará a ser uno de los precedentes más discutidos:

“En un caso que involucra a una agencia, por supuesto, el significado de la Ley bien puede ser que la agencia está autorizada a ejercer cierto grado de discreción. El Congreso ha promulgado a menudo este tipo de estatutos. Por ejemplo, algunas leyes "delegan expresamente" en un organismo la facultad de dar sentido a un determinado término legal (...)

Cuando la mejor interpretación de una ley es que delega autoridad discrecional a una agencia, el papel del tribunal de revisión bajo la (Ley de Procedimiento Administrativo) es, como siempre, interpretar independientemente la ley y hacer efectiva la voluntad del Congreso sujeto a los límites constitucionales”.

El primer párrafo incluso coincide con un principio del Derecho Administrativo Hispanoamericano tributario de Alemania, recientemente

⁵¹ Recordando la posición en Alemania, Arrojo Jiménez lo resume así: “la interpretación y aplicación al caso de estos conceptos indeterminados admitiría una única solución correcta y el juez dispondría de plena jurisdicción para declararla” Cfr.: “Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo”, cit, p. 135.

analizado por Arroyo Jiménez: si la Ley atribuye a la Administración un margen de apreciación para concretar el concepto jurídico indeterminado, entonces, entonces, la concreción de tal concepto por la Administración no podría ser sustituida por un control de conveniencia del juez, pues la Ley reconoce un margen de apreciación⁵². Por ejemplo, si la Ley asigna la competencia para definir los criterios técnicos que permiten calificar a un edificio en ruinas, entonces, la interpretación fijada por la Administración al definir esos criterios debería corresponder a un margen de apreciación⁵³.

En resumen, en el nuevo precedente, se acepta que el estatuto sí puede atribuir a las agencias facultades discrecionales, atribución que debe ser en todo caso expresa, y que no puede inferirse, tan solo, del uso de conceptos vagos. El control judicial de esa autoridad discrecional será, entonces, deferente, pues no podrá invadir espacios de política, aun cuando las cortes podrán ejercer el control sobre la arbitrariedad en los términos de la citada Sección 706⁵⁴.

CONCLUSIÓN

Con todas sus imperfecciones, la doctrina *Chevron*, durante los últimos cuarenta años, se había transformado en la guía que permite conciliar el control judicial con el margen de deferencia que requieren las agencias, en el contexto de la expansión del moderno Estado administrativo. Las críticas a este moderno Estado, por ende, convergieron en las críticas a *Chevron*, basadas en una concepción libertaria del Derecho Administrativo, esto es, la interpretación que da preferencia a la libertad individual por sobre la actividad regulatoria⁵⁵. Bajo tal interpretación, la sola idea de deferencia -y no solo las críticas a la formulación de la doctrina comentada- es considerada contraria al *judicial review* derivado de la primacía del artículo 3 constitucional.

⁵² “Control judicial y deferencia en el Derecho Administrativo”, cit., p. 135.

⁵³ Véase lo que exponemos en “After Chevron: The Constitutional Foundations of U.S. Administrative Law from a Comparative Latin American Perspective, Int’l J. Const. L. Blog, Jul. 3, 2024, tomado de: <http://www.iconnectblog.com/after-chevron-the-constitutional-foundations-of-us-administrative-law-from-a-comparative-latin-american-perspective/> (consulta: 5.7.24).

⁵⁴ Para una comparación entre la interdicción de arbitrariedad en Iberoamérica y el concepto de arbitrariness, vid. Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 45 y ss.

⁵⁵ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, “Libertarian Administrative Law”, en *The University of Chicago Law Review* n° 82, 2015, pp. 393 y ss.

En *Loper Bright* encontramos ecos de esa interpretación libertaria, que sin embargo, no logró elevarse a precedente. En nuestra opinión, ello responde a la delicada función que cumplió el presidente Roberts, al buscar puntos de coincidencia en la mayoría del ala conservadora pero sin abordar aspectos considerados sensibles por los magistrados que se encuentran en el segmento más libertario de esa ala, esto es, los magistrados Thomas y Gorsuch. Por ello, la Corte solo afirmó la gran conclusión que une a Roberts, Alito, Kavanaugh, Thomas y Gorsuch: el precedente *Chevron* debía ser revocado pues impide a las cortes revisar independientemente aspectos de Derecho basados en conceptos ambiguos. Tímidamente, se avanzó en el reconocimiento del moderno Estado administrativo y en la aceptación de que el Congreso puede “delegar” autoridades discrecionales a las agencias. Si la Corte no avanzó más, es por cuanto no hubiese logrado la mayoría.

Con lo cual, lo que ahora interesa no es volver sobre la extinta doctrina *Chevron*, ni tratar de insistir en que el uso de conceptos vagos por el estatuto siempre conduce a un margen de apreciación. El verdadero reto del Derecho Administrativo de Estados Unidos es cómo construir una interpretación sistemática y racional que, partiendo de la diferencia entre conceptos legales vagos y autoridad discrecional (en una clave parecida a la distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa), logre el balance entre el control judicial y la discrecionalidad administrativa sin la cual, las agencias no pueden cumplir de manera efectiva con sus mandatos.

Brookline, MA., 5 de julio de 2024