

El control judicial de la regulación económica y el margen de deferencia en Estados Unidos: el fin del precedente *Chevron*

Judicial control of economic regulation and the margin of deference in the United States: the end of the Chevron precedent

José Ignacio Hernández G¹

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

Resumen. En 2024, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó un precedente histórico, *Chevron*, que fue adoptado inicialmente en 1984. *Chevron* había sido la doctrina general utilizada para definir el alcance de la revisión judicial sobre las agencias reguladoras, basada en el control deferente sobre conceptos vagos establecidos en los estatutos. Sin embargo, en *Loper Bright*, la Corte concluyó que este control deferente era incompatible con la revisión judicial. Es importante señalar que la Corte no cuestionó la constitucionalidad del estado administrativo moderno. La Corte Suprema también reconoció que los tribunales deben adoptar una revisión deferente cuando un estatuto otorga poderes discrecionales. A pesar de esto, la Corte ratificó que las agencias solo pueden adoptar regulaciones con vasto impacto económico y social mediante delegación expresa del estatuto. Esto podría llevar a la potencial negación de cualquier revisión deferente, avanzando en la crisis constitucional del estado administrativo moderno debido a los obstáculos prácticos que impiden al Congreso agotar vastas regulaciones en los estatutos.

Abstract. In 2024, the United States Supreme Court overturned a landmark precedent, *Chevron*, which was initially adopted in 1984. *Chevron* had been the general doctrine used to define the scope of judicial review over regulatory agencies, based on deferential control over vague concepts established in statutes. However, in *Loper Bright*, the Court concluded that this deferential control was incompatible with judicial review. It is important to note that the Court did not challenge the constitutionality of the modern administrative state. The Supreme Court also acknowledged that courts should adopt a deferential review when a statute grants discretionary powers. Despite this, the Court ratified that agencies can only adopt

¹ Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela. Profesor invitado en Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña. Asociado al Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C Correo electrónico: ignandez@gmail.com

regulations with vast economic and social impact upon express delegation of the statute. This could lead to the potential denial of any deferential review, advancing in the constitutional crisis of the modern administrative state due to the practical obstacles that impede Congress from exhausting vast regulations in statutes.

Palabras clave. Revisión judicial / Agencias reguladoras / Margen de deferencia / Doctrina *Chevron*.

Keywords. Judicial review / Regulatory agencies / Margin of deference / The *Chevron doctrine*

1. Introducción

Hasta fines del siglo XX, la expresión regulación no tenía un significado específico en el Derecho Administrativo Hispanoamericano. En términos generales, expresiones como el “Estado regulador” aludían, simplemente, a la intervención del Estado en la economía limitando el ejercicio de la oferta de bienes y servicios. Cuando se aludía a la regulación de la economía, se refería, en general, a las leyes y reglamentos de contenido económico.

Hoy día la situación es muy diferente, al punto que se alude al Derecho Administrativo de la regulación para describir una especial perspectiva del Derecho Administrativo Económico, en la cual la intervención administrativa se justifica en función a razones de políticas públicas, como los fallos de mercado, todo lo cual facilita su estudio interdisciplinario. Tanto la doctrina de la América Española como de España han debatido sobre el grado de autonomía que puede tener este enfoque y si, en suma, podría hablarse del Derecho Administrativo de la regulación económica².

² Véase; por ejemplo, sobre las razones para un enfoque con cierto grado de autonomía, a Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 56 y ss. Por su parte, Ramón Huapaya Tapia ha observado que “*mal se hace en pretender afirmar la “novedad” de un derecho de la “regulación” como algo novedoso y que “superaría” la doctrina del Derecho Administrativo, tanto en los países anglosajones como en los pertenecientes al sistema continental de Derecho Administrativo*”. Vid.: “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”, en *Ius et Veritas* N° 40, Lima, 2010, pp. 309 y ss. Del autor, vid. *Administración pública, derecho administrativo y regulación*, Ara Editores, Lima, 2011, pp. 633 y ss. En España, vid.

Los orígenes de la incorporación del concepto de regulación al ámbito hispanoamericano podemos encontrarlos en la impronta de la doctrina de Estados Unidos, a resultas de las políticas de liberalización promovidas a fines del siglo pasado, en el llamado Consenso de Washington³. En el Derecho de Estados Unidos, el concepto de regulación fue tempranamente asumido para aludir a la intervención administrativa en la economía realizada por medio de órganos especiales, denominados agencias⁴. La justificación de esa intervención, en especial luego del *New Deal*, se encontró principalmente en fallos de mercados, todo lo cual facilitó el estudio de la regulación desde una perspectiva de políticas públicas⁵. No obstante, y aun cuando el Derecho Administrativo de ese país no presta especial atención a sus conceptos fundamentales, lo cierto es que el concepto de regulación no tiene ningún significado propio o específico. Por el contrario, la regulación no es más que la intervención administrativa que incide en derechos privados, especialmente, en el intercambio de bienes y servicios⁶.

La importación del concepto de regulación al ámbito hispanoamericano tomó esta perspectiva de políticas públicas⁷, pero no así el entorno institucional en el cual las agencias operan, en especial, en el ámbito del principio de separación de poderes. Con lo cual, en Hispanoamérica, la llamada actividad de regulación se expresa por medio de actos, procedimientos y, en suma, la actividad administrativa que queda sometida al control judicial. No se ha planteado, al respecto, ninguna

Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 27. Afirma el autor que lo característico de la regulación no es el sujeto que la realiza sino la actividad, orientada a incidir en la oferta de bienes y servicios, sobre sectores relevantes para la convivencia social, en los cuales el Estado ya no obra desde la titularidad pública.

³ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 234 y ss

⁴ Por ejemplo, vid. Hickman, Kristin y Pierce, Richard Jr., *Administrative Law Treatise. Volume I*, séptima edición, Wolters Kluwer, 2024, Nueva York, pp. 3 y ss.

⁵ Shultz, Bressman *et al.*, *The regulatory state*, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2013, pp. 83-97.

⁶ Breyer, Stephen, et al., *Administrative Law and regulatory policy*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, pp. 3 y ss.

⁷ Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss.

discusión sobre la necesidad de articular un modelo de control judicial especial de la regulación pues, en suma, este control judicial no es más que el control de la actividad e inactividad administrativa. Esto implica, en resumen, que la regulación se expresa siempre a través de la actividad administrativa de ordenación y limitación cuyo control a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa se rige por la teoría general del margen de deferencia⁸, que marca límites a ese control respecto de potestades discrecionales, pero no necesariamente respecto del control judicial de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, de especial importancia en el Derecho Administrativo Económico⁹.

Pero el modelo de Estados Unidos no ha logrado solucionar el problema del margen de deferencia ni, tampoco, otorgar una interpretación constitucional coherente que permita ahondar en la diferencia entre el control judicial y la regulación, o lo que es igual, diferenciar las cuestiones de política de las cuestiones de Derecho¹⁰. Este problema, que es tan antiguo como la Constitución, adquirió otro nivel luego de 1937, cuando se asentó la interpretación constitucional que permitió la expansión de la intervención administrativa en la economía, dando lugar así al moderno Estado administrativo¹¹.

En tal sentido, la Corte Suprema presidida por el magistrado Roberts, ha adoptado una serie de decisiones que, al pretender reinterpretar las bases constitucionales de las agencias regulatorias, ha terminado generando mayor confusión. La última manifestación de esta línea es la revocatoria del precedente *Chevron*, de 1984¹², sustituido por el precedente sentado en los

⁸ 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.

⁹ Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, cit. pp. 213 y ss.

¹⁰ Breyer, Stephen, “Judicial Review of Question of Law and Policy”, en *Administrative Law Review Volumen* n° 38, n° 4, 1986, 38, no. 4, 1986, pp. 363 y ss.

¹¹ Para una descripción más crítica, vid. Calabresi, Steven G, y Lawson, Gary, “The Depravity of the 1930s and the modern administrative state”, en *The Notre Dame Law Review* n° 94 (2), 2018, pp. 821 y ss. Para una posición más moderada, vid. Sunstein, Cass R., “The Administrative State, Inside Out”, Harvard Public Law Working Paper n° 22-02, 2022, tomado de: <https://ssrn.com/abstract=4069458> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4069458>

¹² *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984).

casos *Loper Bright y Relentless*¹³, cuya imprecisión, inevitablemente, elevará la litigiosidad frente a las agencias, creando riesgos para decisiones incompletas e incluso incoherentes por las cortes de circuito.

La línea de interpretación adoptada por la Corte Suprema, en especial desde 2021, ha derivado en lo que consideramos como una crisis constitucional, debido a las dudas arrojadas sobre las bases constitucionales del moderno Estado administrativo basado en las agencias, y su relación con el Poder Legislativo, pero en especial, con el Poder Judicial.

Este trabajo aborda el control judicial de las agencias desde la actual coyuntura del Derecho Administrativo en Estados Unidos derivada de esta crisis. Para tratar esta coyuntura, el artículo se divide en dos partes. En la primera, se expone el surgimiento de la figura de las agencias regulatorias al margen de un sistema racional de Derecho Administrativo, lo que dio como resultado el reconocimiento de un espacio regulatorio no predeterminado por la Ley, generándose problemas prácticos del control judicial que, en cierto modo, fueron resueltos por *Chevron*. La segunda parte resume las principales críticas al precedente *Chevron*, en muchos casos, basados en el cuestionamiento constitucional de la ampliación de la intervención administrativa en la economía y la vulneración del principio de separación de poderes, todo lo cual llevó a la Corte Suprema a revocar a tal como parte de una línea de interpretación que tiende a debilitar a las agencias ampliando el rol del control judicial.

2. Las agencias regulatorias y su control judicial bajo la doctrina *Chevron*

Las agencias son, a no dudarlo, el rasgo distintivo del Derecho Administrativo de Estados Unidos. Tan es así que, en ese país, el Derecho Administrativo no es el Derecho de la Administración Pública, sino el Derecho de las agencias, o en concreto, el Derecho de las llamadas agencias reguladoras¹⁴. Tanto más paradójico resulta el hecho de que no existe un concepto acabado de agencias, ni tampoco una teoría general sobre su actividad. Por ello, bajo este rotulo suelen englobarse a las organizaciones dentro del Poder Ejecutivo que toman decisiones, incluyendo no solo a la

¹³ Los casos *Loper Bright Enterprises v. Raimondo y Relentless, Inc. v. Department of Commerce*, fueron decididos por la Corte Suprema el 28 de junio de 2024 .

¹⁴ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1984, pp. 2-3

Oficina de la Presidencia y los Departamentos, sino además, las otras organizaciones adscritas a algún Departamento, así como a las que actúan fuera de esa adscripción, calificadas como agencias independientes¹⁵.

La creación de órganos que cumplen funciones ejecutivas, distintos a la organización básica de la Presidencia, la Vicepresidencia y los Departamentos, descrita en las secciones 1 y 2 del artículo II de la Constitución, se remonta a 1789, aun cuando la figura de las agencias, como se le conoce actualmente, data de 1887, con la creación de la Comisión de Comercio Interestatal (en adelante, ICC)¹⁶. Desde entonces, la interpretación de la Constitución ha presentado problemas prácticos, no solo por la acumulación de funciones en estas agencias sino, además, por su relación con el Poder Judicial. Sería en todo caso con ocasión al *New Deal* que esos problemas aumentaron, lo que llevó a las cortes de circuito a crear lo que sería conocido como la doctrina *Chevron*, con base en un precedente de 1984.

2.1. El modelo de las agencias regulatorias y la abdicación de la Ley: la importancia del análisis económico

El uso de la expresión “regulación” no tiene, en el Derecho Administrativo de Estados Unidos, significado propio, y en realidad, no es más que la forma en la cual se alude a la actividad administrativa de ordenación y limitación. Esto es, la actividad normativa, traducida en la potestad reglamentaria, y la actividad de ordenación, mediante la adjudicación de casos concretos, en un rango de decisiones que incluyen autorizaciones (licencias) y mandatos¹⁷. No sería posible aludir, así, al “Derecho Administrativo de la regulación”, en alusión a una técnica especial de la actividad administrativa con características propias. La regulación es,

¹⁵ El Registro Federal incluye, a la fecha 439 agencias, abarcando a las agencias que operan bajo el Poder Judicial y el Legislativo. Vid.: <https://www.federalregister.gov/agencies>. En todo caso, el interés del Derecho Administrativo se centra en las agencias que inciden en la esfera jurídico-subjetiva de las personas. Cfr.: Hickman, Kristin y Pierce, Richard Jr., *Administrative Law Treatise. Volume I*, cit.

¹⁶ Creada por la Ley de Comercio Interestatal. 24 Stat. 379 (1887). Vid. Cushman, Robert Eugen, *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, Oxford University Press, Oxford, 1941, pp. 37 y ss.

¹⁷ Hickman, Kristin y Pierce, Richard Jr., *Administrative Law Treatise. Volume I*, cit., pp. 823-824.

simplemente, la genérica expresión con la cual se describen las variadas técnicas bajo las cuales las agencias intervienen en el intercambio de bienes y servicios.

Ahora bien, el surgimiento de la regulación se justificó ante la insuficiencia del *common law* para dar respuesta a supuestos de responsabilidad patrimonial y contractual basado en riesgos derivados de la industrialización y de los productos de consumo masivo¹⁸. Por ejemplo, la ICC fue creada ante la insuficiencia del *common law* de proveer remedios ante los riesgos de abusos de precios derivados del poder de monopolio de los ferrocarriles¹⁹. Como resultado de lo anterior, el Derecho Administrativo descansa en el análisis económico de la regulación²⁰ y, por ende, en la teoría de los fallos de mercado, en especial, para medir la calidad de la regulación²¹. La figura de la proporcionalidad y, en general, el balance entre la actividad administrativa y otros bienes jurídicos no tiene tanta relevancia como el análisis costo-beneficio²².

Esta aproximación genera dos importantes consecuencias. La primera es que la aplicación del estándar de arbitrariedad, definido en la Ley de Procedimiento Administrativo, no depende tanto de juicios de ponderación de intereses en juego, sino de un análisis económico que permita determinar si la medida de regulación es o no eficiente. La segunda implicación es que no todo el control de las agencias por el Derecho Administrativo es un control estricto de legalidad, entendido como aquel por el cual se subsume la actividad de la agencia en la Ley -o estatuto- en términos de validez o invalidez. El análisis costo-beneficio y sus controles anejos en el marco del procedimiento administrativo, derivan en un marco institucional que, al menos en teoría, es favorable para prevenir el abuso de poder, aquí entendido en el sentido de una regulación que es ineficiente.

¹⁸ Shultz, Bressman et al., *The regulatory state*, cit.

¹⁹ Schwartz, Bernard, *The economic regulation of business and industry, Volume I*, Nueva York, Chelsea House Publishers, 1973, pp. 17 y ss.

²⁰ Por ejemplo, Viscusi, W. Kip et al, *Economics of regulation an antitrust*, The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 357 y ss.

²¹ Breyer, Stephen, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, pp. 341 y ss.

²² Sunstein, Cass, *The cost-benefit revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 67 y ss.

La importancia de estos controles fue especialmente relevante luego del *New Deal*, que impulsó la expansión de la intervención administrativa por medio de las agencias²³. Esta expansión fue expresamente tolerada por la Corte Suprema en 1937, al reinterpretar el llamado principio de no delegación y, en suma, admitir que la regulación contenida en el estatuto no tenía que cubrir, exhaustivamente, todos los aspectos de la actividad administrativa, lo que se tradujo en cláusulas legales abiertas, generándose así lo que se conoce como vacíos o lagunas²⁴. Dentro de este espacio no preordenado por la Ley, las agencias diseñan e implementan políticas públicas, tanto por medio de reglamentos como a través de sus actos de ejecución. El resultado es lo que Adrián Vermeule ha llamado la abdicación de la Ley, o sea, la decisión del Congreso, aceptada por la Corte Suprema, de reducir la intensidad de su dominio sobre la regulación²⁵.

2.2. La llamada doctrina *Chevron*: la abdicación del rol de la justicia en el Derecho Administrativo

El incremento de las agencias reguladoras y la reducción de la densidad normativa del Congreso, generó -como era de esperar- importantes tensiones en torno al control judicial de esas agencias. De esas tensiones resultó la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946, que es en realidad, la Ley de las agencias, abarcando tanto el procedimiento previo a su actividad de reglamentación y adjudicación, como el control judicial de sus actos²⁶. Esta Ley definió el marco institucional de los controles extra-judiciales de las agencias, en especial, derivados de la rendición de cuentas y la participación ciudadana, así como del control judicial, basado en el principio general enunciado en su Sección 706. De acuerdo con tal Sección, la corte que conoce de la demanda en contra de la agencia “decidirá todas las cuestiones de Derecho relevantes, interpretará las disposiciones

²³ Stewart, Richard, “Administrative law in the Twenty-First Century”, en *New York University Law Review*, Volumen 79, Número 2, 2003, pp. 437 y ss.

²⁴ *NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Vid. Sunstein, Cass R, “The American Nondelegation Doctrine”, en *The George Washington Law Review*, n° 86-5, 2018, pp. 1181 y ss.

²⁵ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, pp. 24 y ss. 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.

²⁶ Actualmente codificada en el Título 5 del Código de Estados Unidos (U.S. Code),

constitucionales y estatutarias y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos empleados por la agencia”.

Pero la aplicación práctica del estándar de revisión de las cuestiones de hecho y de Derecho se enfrentó a importantes obstáculos. El más importante de ellos es la ausencia de un marco constitucional que defina el derecho a la tutela judicial efectiva, que, como tal, no tiene reconocimiento expreso en el Derecho de Estados Unidos. A lo sumo, hay una suerte de presunción según la cual, la actividad de las agencias se somete a control judicial, pero lo cierto es que el estatuto puede limitar, e incluso, prohibir ese control²⁷. Dentro de la actividad que sí se sujeta a revisión según la Sección 706, la Ley no otorgó una solución clara que permitiese diferenciar el control de asuntos de Derecho del control de políticas públicas.

Fue la jurisprudencia la que intentó brindar una guía interpretativa, diferenciando entre el control de asuntos de hecho y de Derecho. Esta interpretación respondió a la decisión del Poder Judicial de autolimitarse en su control sobre las agencias, partiendo de la complementariedad entre su rol y el rol de las agencias²⁸, admitiéndose con ello que el control judicial no debe ser, siempre y en todos los casos, exhaustivo en cuanto a los aspectos de Derecho, como se afirmó en el caso *Dobson*, de 1943²⁹. En 1944, la Corte Suprema reconoció, en el caso *Skidmore*, que las decisiones dictadas por las agencias pueden tener una “autoridad persuasiva”, en la medida en que se trate de decisiones consistentes³⁰, lo que implica reconocer un control deferencial. Luego, en 1945, en el caso *Bowles*, la Corte resumió las razones que justifican el control judicial deferencial de las agencias, al señalar que el peso de la interpretación de los estatutos reside en las agencias, salvo cuando la interpretación resulte evidentemente errónea o inconsistente con la regulación³¹. En contra, en aspectos de hecho, la tendencia inicial -sentada en el caso *Crowell* de 1932³²- fue hacia el control judicial pleno o *de novo*.

²⁷ Cooper, Frank, *Administrative Agencies and the Courts*, Ann Harbor, University of Michigan Law School, 1951, pp. 5 y ss.

²⁸ *United States v. Morgan* 307 US 183 (1939).

²⁹ *Dobson v. Commissioner*, 320 U.S. 489 (1943)

³⁰ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

³¹ *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945).

³² *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932).

Como se observa, la Corte Suprema reconoció, desde fecha temprana, que el control judicial de aspectos de Derecho podía ser deferencial, como resultado de la reducción de la densidad normativa del estatuto y, consecuentemente, la ampliación del ámbito de decisión de las agencias³³. Fue este el tema que decidió la Corte en 1984 en el caso *Chevron*. En apretada síntesis, la Corte señaló que cuando el estatuto empodera a la agencia para ejercer potestades administrativas, el control de los aspectos de Derecho dependerá de dos variables: (i) si el estatuto emplea conceptos vagos o imprecisos, la interpretación debe presumirse válida, en tanto sea permisible o racional; (ii) si el estatuto no emplea conceptos vagos, entonces, el control de los aspectos de Derecho es pleno. Como se observa, estas reglas no se distanciaban mucho de la línea jurisprudencial que la propia Corte había definido, al admitir la necesidad de un control deferencial en la interpretación de los estatutos³⁴.

Fueron las cortes distritales y de circuito quienes abrazaron esta sentencia para afirmar una regla de decisión en el control judicial de las agencias, lo que daría lugar a la doctrina *Chevron*. No se trató, en realidad, de una doctrina basada en la interpretación sistemática del Derecho Administrativo, sino más bien, de una práctica forense basada en el pragmatismo³⁵. Así, enfrentadas con la revisión judicial de complejas materias técnicas, las cortes optaron por no sustituir los conocimientos técnicos y las apreciaciones de política, afirmando el acto objeto de revisión en tanto, en su apariencia, respondiese a una interpretación racional del estatuto³⁶.

3. El control judicial deferente en el espacio regulatorio de políticas públicas bajo la doctrina Loper Bright

³³ Cooper, Frank, *Administrative Agencies and the Courts*, cit., p. 312.

³⁴ Sunstein, Cass, “Chevron” as law”, in *The Georgetown Law Journal* n° 107(6), 2019, pp. 1613 y ss.

³⁵ Breyer, Stephen, *Reading the Constitution. Why I chose pragmatism, not textualism*, Simon & Schuster, Nueva York, 2024, pp. 37 y ss.

³⁶ Dejando a salvo los detalles de esta interpretación, en su esencia, ella responde a la correcta interpretación del principio de separación de poderes, en tanto hay componentes de la regulación que responden a funciones propias de las agencias, lo que requiere ciertas restricciones en el control judicial, esto es, un margen de deferencia. Vid.: Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*, cit., p. 218.

Las frágiles bases constitucionales de las agencias y del moderno Estado administrativo surgido a resultas del *New Deal*, generaron una posición crítica hacia el Derecho Administrativo en general³⁷, y la doctrina *Chevron* en particular³⁸. Un hilo conductor de esa corriente crítica es el cuestionamiento a las -así consideradas- inmunidades de las agencias que limitaron el control judicial, en violación al principio de separación de poderes. Este hilo conductor converge con otra crítica, quizás más profunda, y que cuestiona la ampliación de la intervención del Estado en la economía³⁹.

Es necesario diferenciar ambas críticas, para poder comprender los cambios introducidos por la Corte Suprema presidida por Roberts. La segunda crítica cuestiona, en general, el rol del Estado en la economía derivado del *New Deal*, al defender la interpretación libertaria de la Constitución, o sea, basada en la primacía de la libertad individual y en la reducción y contención de los cauces de intervención del Estado. La primera crítica, que descansa en parte en la segunda, centra su atención en el moderno Estado administrativa como una figura contraria a la separación de poderes, entre otras razones, por las limitaciones al control judicial derivadas de la doctrina *Chevron*. Esta es la crítica que llevó a afirmar el nuevo precedente sobre el control judicial de las agencias reguladoras.

3.1. El cuestionamiento de las bases constitucionales de las agencias regulatorias. Un problema de interpretación estatutaria y constitucional

Las críticas al moderno Estado administrativo son posibles pues, en 1937, la Corte Suprema concluyó que la llamada doctrina de la no delegación es compatible con la creación de agencias a cargo de la ordenación y limitación de sectores económicos, mediante estatutos dictados por el Congreso. Esto no solo llevó a ampliar el número de estatutos como fuente del Derecho Administrativo, sino, además, a empoderar a las agencias de potestades, no solo con base en normas legales que emplean conceptos vagos sino, tanto más importante, con base en normas que trasladaron el

³⁷ Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?* University of Chicago Press, Chicago, 2014, pp. 377 y ss.

³⁸ Merrill, Thomas, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law*, Harvard University Press, 2022, pp. 55 y ss.

³⁹ Epstein, Richard, *The dubious morality of modern administrative law Modern Administrative Law*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2020, pp. 9-32.

proceso de toma de decisiones de políticas públicas a las agencias. La intensidad de la regulación dictada por las agencias llevó al Poder Judicial a autocontenerse, reconociendo la necesidad práctica del control judicial deferencial, como quedó resumido en el caso *Chevron*.

El advenimiento, auge y consolidación del moderno Estado administrativo no estuvo acompañado, sin embargo, de una elaboración sistemática que lograra justificar las bases constitucionales de la actividad administrativa. En realidad, el Derecho Administrativo de Estados Unidos es principalmente formal, en tanto se ocupa del procedimiento administrativo y su control judicial, pero no así respecto del contenido de la actividad administrativa⁴⁰. La propia doctrina de la no delegación demuestra la renuncia de ese Derecho Administrativo de ocuparse por analizar la justificación sustancial de la regulación como actividad de las agencias. Por el contrario, esa sustancia pasa a ser un elemento, si acaso, de segundo orden: la regulación, como actividad administrativa, no es otra cosa que la actividad que el Congreso “delega” en las agencias⁴¹. De ello resulta, inevitablemente, una aproximación exegética, que presta más atención a los estatutos, ala inagotable regulación administrativa, pero, sobre todo, los precedentes. Más que un sistema de Derecho Administrativo, lo que se aprecia es un Derecho Administrativo de casos⁴².

La fragilidad constitucional de la regulación, y el impreciso marco de su control judicial, llevó a centrar las críticas en la doctrina *Chevron*⁴³. A decir verdad, la sentencia del caso *Chevron*, ni innovó radicalmente la situación del margen de deferencia, ni tampoco se ocupó de elaborar ese margen. Se trató, simplemente, de una solución práctica, que, ante el crecimiento de los reglamentos y decisiones ejecutivas en áreas económicas, optó por hacer recaer el peso de la interpretación del estatuto en las agencias, pero sin abdicar totalmente del control judicial.

⁴⁰ Esta tendencia formalista del Derecho Administrativo es muy temprano. Vid. Davis, Kenneth Culp, *Administrative Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1951, pp. 1-4.

⁴¹ Se aclara que no se trata, en realidad, de una delegación en el sentido de legislación delegada, sino de la atribución, por Ley, de potestades a las agencias. Pero en Estados Unidos, esta atribución se estudia como delegación.

⁴² Sobre la fragilidad de este modelo de Derecho Administrativo, vid.: Bell, Joanna, *The Anatomy of Administrative Law*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020, pp. 252 y ss.

⁴³ Por ejemplo, Lawson, Gary S., “The Rise and Rise of the Administrative State”, en *Harvard Law Review* N° 107, 1994, pp. 1231 y ss.

En especial, lo que nunca resolvió *Chevron* fue la definición de los parámetros del control judicial dentro de esa deferencia. La baja densidad normativa de los modernos estatutos crea lagunas o vacíos, lo que plantea un problema práctico. ¿Cómo pueden las cortes controlar si la interpretación adoptada por las agencias se ajusta al estatuto, siendo que el estatuto contiene lagunas en sus normas? En otros términos: sin posibilidad de subsumir la regulación en la Ley, las cortes no tenían herramienta clara para ejercer el control bajo los parámetros de la Sección 706⁴⁴. Por ello, Vermeule y Sunstein han formulado una propuesta que, hasta ahora, no ha sido acogida: la de complementar el control de legalidad con el control de los llamados principios de la moralidad del Derecho Administrativo⁴⁵. Salvo la fundamentación de estos principios, lo cierto es que su rol es similar al que cumplen los principios generales del Derecho Administrativo de Hispanoamérica⁴⁶.

Pero el gran problema es que el Derecho Administrativo de Estados Unidos, por su contenido formalista y exegetico, carece de las bases dogmáticas necesarias para poder superar el positivismo, o sea, la centralidad de la interpretación del estatuto. Como resultado, los principios generales no cumplen un rol integrador en la interpretación de los estatutos, ni tampoco permiten ejercer el control en las lagunas que los estatutos contienen. Esto explica el recelo a las lagunas normativas: sin cobertura legal, las cortes simplemente no tienen herramienta para ejercer el control judicial. Con lo cual, el control judicial de las agencias responde a un problema de interpretación estatutaria -interpretación de la Ley- y constitucional.

Resumiendo muy mucho la evolución y estado actual de este problema de interpretación, podemos señalar que la interpretación estatutaria se ha anclado en el canon textualista asentado en el caso *Vermont Yankee*, de

⁴⁴ Esta es una de las críticas formuladas en Hamburger, Philip, *Is Administrative Law Unlawful?*, cit.

⁴⁵ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, pp. 8 y ss.

⁴⁶ 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

1976⁴⁷. El canon textualista no cuenta con un método que permita “navegar” las lagunas del estatuto, lo que genera un vacío que, en suma, fue resuelto pragmáticamente por *Chevron*: si la construcción del estatuto por la agencia para llenar ese vacío es permisible, entonces, la corte presume la validez de la interpretación⁴⁸. Bajo el canon textualista, no tiene mucho sentido valorar si esa solución es o no razonable. Es, en realidad, la única solución posible, en el sentido que, sin poder realizar la subsunción entre la regulación y el texto del estatuto, el control judicial se vuelve inoperativo.

El canon textualista parece también imperar en la interpretación actual de la Constitución por la Corte Suprema presidida por Roberts, pues la mayoría de sus nueve magistrados simpatiza, en mayor o menor medida, con el canon originalista, esto es, el método de interpretación de la Constitución de acuerdo con el sentido generalmente aceptado del texto de la Constitución para el momento de la ratificación⁴⁹. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que la interpretación textualista y originalista de la Constitución difícilmente permite sostener al moderno Estado administrativo, en especial, en lo que respecta al control judicial derivado del Artículo III. Esta fue, en suma, la principal razón que llevó a la Corte a revocar el precedente *Chevron*, sin resolver el problema de fondo.

3.2. El control judicial de la regulación que expresa políticas públicas. Dos posibles reglas derivadas de *Loper Bright*.

La revocatoria del precedente *Chevron* en la sentencia que decidió los casos *Loper Bright* y *Relentless* no sorprende, pues lo cierto es que la Corte Suprema ya había dejado muchas señales de que el margen de deferencia en el control de la regulación contradecía el paradigma según el cual las agencias son criaturas del estatuto⁵⁰. Una derivación de ese paradigma es la

⁴⁷ *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC*, 435 U.S. 519 (1978). Vid.: Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, pp. 9-10.

⁴⁸ En Estados Unidos se diferencia entre interpretación (*interpretation*) y la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en un caso concreto (*construe*). El problema que *Chevron* reflejaba, no era solo de interpretación, sino de construcción de esa interpretación por la agencia, para llenar los vacíos del estatuto.

⁴⁹ Sunstein, Cass, *How to Interpret the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2023, pp. 20 y ss.

⁵⁰ En *Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services* (594 U. S. ____ (2021)), la Corte partió de una interpretación restrictiva de las competencias

así llamada “doctrina de las cuestiones mayores”, según la cual, el estatuto no puede delegar poderes ambiguos en las agencias en materias de vasto interés económico y social, pues la decisión debe ser adoptada expresamente por el Congreso. Así, por ejemplo, la regulación de emisiones de gases de efecto invernadero por la industria automotriz se consideró una cuestión mayor, negándose por ello que las agencias puedan concretar las lagunas del estatuto⁵¹. Como no puede haber lagunas en estas materias, entonces, el estatuto no puede emplear conceptos vagos, lo que en la práctica impide aplicar la regla de decisión del precedente *Chevron*.

La Corte Suprema de Roberts completó este razonamiento al revocar el precedente *Chevron*, pues según la mayoría sentenciadora (6-3), la deferencia judicial en la interpretación de conceptos vagos del estatuto viola el Artículo III de la Constitución, en tanto la interpretación estatutaria, como cuestión de Derecho entra dentro del ámbito constitucional del control judicial. Empero, cuando el estatuto empodera a las agencias el ejercicio de poderes discrecionales, las cortes deben quedar fuera del espacio de políticas públicas. Esta afirmación no fue elaborada, quizás, pues no había mayoría suficiente para avanzar en ella⁵².

“delegadas” por el estatuto. Esto le llevó a afirmar que “*las agencias administrativas son criaturas de la Ley. En consecuencia, solo poseen la autoridad que el Congreso les ha otorgado*”. Cfr.: *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U. S. ____ (2022).

⁵¹ *West Virginia, et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 597 U.S. ____ (2022). Merrill Thomas W, “The Major Questions Doctrine: Right Diagnosis, Wrong Remedy, Stanford University”, The Hoover Institution Center for Revitalizing American Institution, 2023, tomado de: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/4197; Sunstein, Cass, “Two Justifications for the Major Questions Doctrine”, en *Florida Law Review* n° 76, 2024, pp. 251 y ss.; Tamir, Oren, “Getting Right What's Wrong with the Major Questions Doctrine”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 62, Forthcoming, tomado de: <https://ssrn.com/abstract=4422714> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4422714>, y Walker, Christopher J. “Responding to the New Major Questions Doctrine”, en *Regulation* n° 23, 2023, pp. 26 y ss.

⁵² Los seis magistrados que votaron a favor fueron Roberts (ponente), Thomas, Gorsuch, Alito, Kavanaugh y Barret. De ellos Thomas y Gorsuch quizás no hubiesen apoyado una interpretación muy elaborada sobre los límites al control judicial de los poderes discrecionales, como lo sugieren sus votos concurrentes. Por su parte, Roberts, Alito, Kavanaugh y Barret no hubiesen apoyado una interpretación que cuestionase las bases constitucionales del Estado administrativo, más próxima a la posición de Thomas y Gorsuch.

Precisamente para lograr la mayoría en el ala conservadora, que en una u otra medida apoya el canon originalista, el presidente Roberts tuvo que redactar una ponencia bastante ambigua, pero que, en todo caso, ni cuestiona la constitucionalidad del moderno Estado administrativo, ni mucho menos afirma que el control judicial deferente es inconstitucional. Tan es así que la sentencia cita, entre otros, el caso *Skidmore*, y con ello, reitera la línea jurisprudencial que reconoce que el control judicial de la regulación, en aspectos de Derecho, puede ser deferente⁵³.

Por otro lado, la sentencia hace una crítica a *Chevron* que es coherente con esa línea. Como vimos, el margen de deferencia, según ese precedente, aplicaba cuando el estatuto empleaba conceptos vagos, pero lo cierto es que la indeterminación de los conceptos empleados en el estatuto no implica, siempre y necesariamente, decisiones de políticas públicas. Así, los conceptos vagos son comunes en estatutos que regulan la economía y, por ello, emplean conceptos técnicos. Pero la aplicación de esos conceptos depende de conocimientos técnicos, no de apreciaciones de política pública⁵⁴.

Asunto distinto es cuando el estatuto encomienda a la agencia la definición e implementación de políticas públicas, por medio de potestades discrecionales. Esto implica que el estatuto contiene lagunas, pero no por emplear conceptos jurídicos indeterminados, sino por asignar a las agencias la competencia para formular políticas públicas, valorando en tal sentido diversas opciones y diseñando instrumentos de política que no están predeterminados en el estatuto. En relación con el control judicial de la regulación, este es, en realidad, el gran problema a resolver, pues la Ley asigna a las agencias ejecutivas el proceso discrecional de definición de políticas, lo que impide aplicar un control escrito de legalidad, al no ser posible subsumir la regulación adoptada discrecionalmente en el estatuto.

⁵³ Sunstein, Cass, “The Consequences of Loper Bright (July 01, 2024)”, tomado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=> (consulta: 1.7.24).

⁵⁴ Como “fuentes estacionarias”, el concepto vago empleado en el precedente *Chevron*. Los conceptos vagos coinciden con los conceptos jurídicos indeterminados, propios del Derecho Administrativo Económico, y que como tal, no justifican margen de deferencia. Vid.: José Ignacio Hernández, “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/>

Loper Bright no resuelve este problema, ni se ocupa de justificar el contenido de la actividad administrativa de regulación dentro de la separación de poderes, ni tampoco, en realidad, explica en qué medida el control deferente es, también, resultado de esa separación. Con todo, es posible deducir de *Loper Bright* dos reglas sobre el control judicial de las políticas públicas contenidas en la regulación adoptada por las agencias.

La *primera regla* es que corresponde al Poder Judicial interpretar el estatuto para determinar si, en efecto, éste encomienda a la agencia poderes discrecionales para deducir la mejor política pública regulatoria. La Corte emplea, al respecto, el confuso concepto de delegación, al sostener que el rol del control judicial es conducir “la mejor interpretación” del estatuto para determinar si “delega autoridad discrecional a una agencia”.

Si en efecto el estatuto confiere potestades discrecionales, entonces, la *segunda regla* postula que el control judicial debe mantenerse fuera del espacio de políticas públicas, pero enmarcándose en la Ley de Procedimiento Administrativo para “hacer efectiva la voluntad del Congreso sujeto a los límites constitucionales”. No es claro qué quiso decir la Corte con esta frase, pero la referencia a la Ley de Procedimiento, y en concreto, a su Sección 706, permite esbozar como hipótesis que el control judicial deferente de las políticas regulatorias de las agencias debe controlar el cumplimiento del procedimiento aplicable, los supuestos de hecho -materia en la cual sigue imperando el control de *novo*- y en especial, la arbitrariedad. El resultado puede ser la ratificación de la legalidad de la regulación discrecional que no es arbitraria, aun cuando no sea posible subsumir esa regulación en el estatuto.

Pero el control judicial de la arbitrariedad de la política regulatoria bajo la Sección 706, solo es posible si las cortes aplican principios generales, como los principios de moralidad interna, en aspectos tales y como la consistencia de la política regulatoria, su irretroactividad, o la coherencia entre la adjudicación y el reglamento aplicable. Sin embargo, como vimos, el control judicial sigue descansando en una interpretación textualista del estatuto, lo que dificulta aplicar principios generales que no están expresamente reconocido en el estatuto.

4. Conclusión

Aun cuando la atención en los casos *Loper Bright* y *Relentless* se centra en la revocatoria del precedente *Chevron*, creemos que es necesaria

un análisis más amplio, que atienda a la causa del problema de interpretación constitucional presente en el control judicial de la regulación. Tres conclusiones, así, explican la conveniencia de una visión que vaya más allá del fin de *Chevron*.

La *primera conclusión* que, a decir verdad, *Chevron* distaba mucho de ser una doctrina coherente. Su éxito -medida en términos de su aplicación por las cortes de distrito y circuito- no responde a sus méritos -que eran más bien pocos- sino a un aspecto pragmático: ante la complejidad de la regulación sujeta a control judicial, en términos de actos (adjudicación) y reglamentos, las cortes optaron por no sustituir todo el proceso de toma de decisiones y, por el contrario, presumir la validez de la interpretación estatutaria de los conceptos vagos empleados por el estatuto, siempre y cuando fuese racional. A decir, verdad, dentro de los “conceptos vagos” terminaron mezclándose aspectos de Derecho y de política. Este resultado no responde a una directriz de la doctrina *Chevron*, sino a una práctica jurisprudencial, repleta de bemoles y excepciones. En muchos sentidos, *Chevron* no sirvió como precedente claro y predecible, sino como la denominación genérica al problema constitucional, no resuelto, del control judicial de la regulación.

La *segunda conclusión* es que ni el moderno Estado administrativo ni el control judicial son, en sí mismos, inconstitucionales. Esto hace que el criticismo hacia *Loper Bright* sea incluso más elevado que las críticas a *Chevron*. Así, quienes defendían ese precedente, ahora pueden cuestionar su revocatoria; quienes criticaban al precedente, ahora pueden cuestionar a *Loper Bright* por no haber avanzado en la inconstitucionalidad del moderno Estado administrativo.

Finalmente, y en *tercer lugar*, la admisión del control judicial deferente en *Loper Bright* apunta, correctamente, a la necesidad de distinguir entre la interpretación administrativa del estatuto, siempre sometida a control pleno, de la formulación de políticas regulatorias. Las cortes, al revisar judicialmente las políticas regulatorias, no pueden sustituirse en ellas. Y no pueden hacerlo pues esas políticas forman parte de las funciones privativas del Ejecutivo derivadas del Artículo II de la Constitución. Pero esta afirmación no está presente en la sentencia, pues a pesar de que reconoce que las cortes deben quedar fuera del espacio de políticas públicas, no afirma que ese espacio es, en realidad, exclusivo del Poder Ejecutivo.

Será la práctica de las cortes de distrito y circuito la que determine si esta sentencia dará lugar a una nueva doctrina, la *doctrina Loper Bright*. Pero lo cierto es que, en el contexto de la interpretación adoptada por la Corte desde 2021 y, en especial, desde la doctrina de las cuestiones mayores, entendemos que esta sentencia apunta a la crisis constitucional del moderno Estado administrativo, en tanto se están revisando las bases -más pragmáticas que teóricas- que permitieron ampliar la intervención administrativa, reduciendo el ámbito de los estatutos y del control judicial. A estos fines, entendemos que es necesario superar el textualismo, para reconocer que el control judicial de la política regulatoria puede basarse en principios generales derivados de la prohibición de arbitrariedad prevista en la Sección 706. Sin esa válvula de escape, existe el riesgo de que impere más bien la doctrina de las cuestiones mayores, para negar que el estatuto pueda “delegar”, en las agencias, políticas regulatorias en materias de vasto impacto económico y social. Esto colocaría, al Derecho Administrativo, en una coyuntura similar a la que se enfrentó en 1935.