

# ADMINISTRATIVO

## REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: DR. PEDRO J. J. COVIELLO - FUNDADOR Y PRIMER DIRECTOR: DR. JULIO RODOLFO COMADIRA - COLABORADORES: DR. JUAN CRUZ AZZARRI, DR. FABIÁN O. CANDA, DR. MARCELO GUSTAVO CARATTIN, DR. JULIO PABLO COMADIRA, ALEJANDRO A. DOMINGUEZ BENAVIDES, CAROLINA GUERRA BIANCOTTI, DRA. MIRIAM IVANEGA, DRA. LAURA M. MONTI DE HITZFELDER, DR. JORGE MURATORIO, DR. PABLO PERRINO, DR. ARTURO EMILIO RASPI, DR. PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO, NÉSTOR OMAR SCARLATA, DR. OSCAR AGUILAR VALDEZ, DRA. MARÍA SUSANA VILLARRUEL

### DOCTRINA

*Las técnicas autorizatorias, la confianza legítima y el silencio positivo frente a la desregulación económica*, por Pablo J. Majul  
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXXV-519

*El caso "Loper Bright", el control judicial de las agencias en Estados Unidos y la crisis constitucional del moderno Estado administrativo*, por José Ignacio Hernández G.  
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXXV-518

### NOTA

*La importancia de distinguir entre dominio y jurisdicción (comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Administración de Parques Nacionales c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad")*, por Ignacio M. de la Riva  
Cita Digital: ED-V-DCCCLXXXV-517

### JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN NACIONAL: Inconstitucionalidad: acción declarativa; leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro; anexión de hectáreas a ejido municipal; Reserva y Parque Nacional Nahuel Huapi; ley 22.351; dominio público del Estado Nacional; Administración de Parques Nacionales (CS, mayo 28-2024)

MULTAS: Condonación: acceso al beneficio; emergencia pública; Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva; obligaciones sustanciales ya canceladas; entrada en vigencia de la ley 27.562; interpretación de la ley (CS, agosto 27-2024)

ACTO ADMINISTRATIVO: Nulidad: potestad revocatoria administrativa; principio general; excepción; declaración judicial; acción de lesividad; improcedencia; antecedentes; iniciación; extemporaneidad. Carga de la prueba (CNCont.-Adm. Federal, sala III, julio 11-2024)



# El caso “Loper Bright”, el control judicial de las agencias en Estados Unidos y la crisis constitucional del moderno Estado administrativo

por JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. – II. EL MODERNO ESTADO ADMINISTRATIVO Y SUS FRÁGILES BASES CONSTITUCIONALES. 1. LAS AGENCIAS Y LA DOCTRINA DE LA NO DELEGACIÓN. 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS: DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA DOCTRINA “CHEVRON”. – III. EL MODERNO ESTADO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA DE LA CONSTITUCIÓN. 1. LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL CONTROL JUDICIAL: LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES MAYORES Y EL PRECEDENTE “LOPER BRIGHT”. 2. LA INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL JUDICIAL DEFERENTE DE LAS AGENCIAS. LA PROPUESTA DE LOS PRINCIPIOS DE MORALIDAD INTERNA Y DEL CONSTITUCIONALISMO DEL BIEN COMÚN. – IV. CONCLUSIONES.

## I. Introducción

Uno de los componentes centrales del Derecho Administrativo de Estados Unidos es el control judicial de la actividad administrativa de las agencias, actividad usualmente identificada como regulación. Las bases de este control fueron establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946, dictada con el propósito de procurar el equilibrio entre la expansión del moderno Estado administrativo –iniciado en 1937– y los principios del Estado de Derecho (*rule of law*) definidos en la Constitución. Más allá de la importancia de los controles derivados del procedimiento administrativo para dictar reglamentos y adjudicar casos concretos, la aplicación de estos principios gravitó en el control judicial (o *judicial review*).

Junto con esta ley, la otra gran institución del control judicial fue la sentencia dictada por la Corte Suprema en 1984, y que dio lugar a la llamada doctrina “Chevron”, la cual fijó dos reglas para el control judicial de los asuntos de Derecho. Así, cuando la ley –o estatuto, como se le conoce en Estados Unidos– asigna competencias (o *delega* competencias, según la terminología de ese país) con base en criterios determinados, el control judicial de los asuntos de Derecho es pleno; pero cuando la ley emplea

conceptos ambiguos, el control es deferente, en el sentido de que las cortes considerarán que la interpretación es conforme a Derecho, en tanto sea racional o permisible.

Tal doctrina –que en realidad derivó de la práctica forense de las cortes de instancia con base en la sentencia de la Corte Suprema– fue objeto de diversas críticas que coincidían en un punto: el moderno Estado administrativo se aparta de las bases constitucionales del Estado de Derecho, en especial, al crear áreas de inmunidad jurisdiccional de las agencias contrarias al control judicial. Estas críticas parten de la llamada interpretación originalista de la Constitución, que responde al sentido original y tradicional de la misma. A decir verdad, y en contraste con las transformaciones constitucionales apreciadas en Europa y América Latina, el moderno Estado administrativo no fue producto de la modificación de la Constitución, cuyas bases siguen respondiendo al pensamiento jurídico de fines del siglo XVIII, y que era –como no podía ser de otra manera– un pensamiento liberal, o como se le conoce en aquel país, libertario.

El cambio de composición de la Corte Suprema que se materializó en 2020 consolidó una mayoría conservadora que adopta como canon de interpretación el originalismo, aun con variantes diversas. Como resultado, de manera gradual desde 2021, la Corte Suprema adoptó interpretaciones que reducen el ámbito de acción de las agencias, a favor de una interpretación que coloca el peso del proceso de toma de decisiones en el Congreso y, como derivación, en el control judicial de la legalidad de la actividad de las agencias. Esta interpretación, en todo caso, no ha cuestionado la ampliación de los cometidos sociales y económicos del Estado, impulsada especialmente por el New Deal, sino que más bien se ha centrado en cómo se distribuyen las funciones entre las tres ramas del Poder Público. En la interpretación actual de la Constitución, esa distribución es considerada a favor del Congreso y del control judicial, pero en contra de las agencias, al punto de negar toda sustantividad constitucional a su actividad.

Esta interpretación desembocó en la llamada doctrina de las cuestiones mayores, a través de la cual la Corte limitó el ámbito de la doctrina “Chevron”, al señalar que las agencias no pueden interpretar expresiones ambiguas del estatuto para adoptar decisiones de vasta importancia económica y social, negando por ende el control judicial deferente en relación con esas decisiones. Finalmente, en 2024, la Corte Suprema revocó el precedente “Chevron” en la sentencia dictada en el caso conocido como “Loper Bright”. Sin embargo, y de manera confusa, la Corte dio paso a lo que podría considerarse como la doctrina “Loper Bright”, y que admite –con bemoles– el control judicial deferente respecto de competencias discrecionales.

El presente estudio analiza la evolución constitucional del control judicial de las agencias, desde el advenimiento de la doctrina de las cuestiones mayores hasta el caso “Loper Bright”. Este estudio permite comprender la dimensión constitucional del Derecho Administrativo de Estados Unidos, a la par que identifica la que –creemos– es su principal debilidad: la ausencia de un sistema racional. Por el contrario, el Derecho Administrativo se basa en una posición predominantemente exegética, dominada por la interpretación literal del estatuto, o sea, del Derecho positivo. Tan es así que la actividad de las agencias no tiene –en esta visión– ninguna sustantividad propia, pues el contenido de la actividad administrativa sería el que deviene de la “delegación” expresa de competencias por el Congreso.

Nuestro interés es presentar un apretado resumen de la evolución y situación actual del Derecho Administrativo en Estados Unidos, desde la perspectiva del control judicial de las agencias, para fomentar el diálogo con el Derecho Administrativo Iberoamericano. Pero antes de emprender un análisis comparado –lo que hemos cubierto en otros estudios–, en esta oportunidad queremos presentar un panorama general de la situación del control judicial de las agencias en Estados Unidos, a los fines

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Sentencias para recordar: “Industria Maderera Lanín”: un desconocido precedente de la Corte Suprema, reiteradamente citado en materia de control por el juicio de razonabilidad de los actos de los poderes públicos*, por PEDRO J. J. COVIELLO, EDA, 2006-89; *Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*, por ISAAC A. DAMSKY, EDA, 2009-546; *Función legislativa de excepción y división de poderes (en torno al fallo “Consumidores Argentinos”)*, por GUSTAVO AMESTOY, EDA, 2010-560; *La motivación como requisito de validez del acto administrativo que trasunta el ejercicio de facultades discrecionales. Una nueva perspectiva desde el Estado Social de Derecho. Funciones de la motivación de cara al control judicial de aquellos actos administrativos*, por ESTEBAN J. ROSA ALVES, EDA, 2011-537; *Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa*, por DURÁN A. MARTÍNEZ, EDA, 2011-597; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *Más control y más justicia contra la corrupción*, por DIEGO H. ARMESTO, EDCO, 2013-584; *Alcance del control judicial sobre la motivación del acto que resuelve un concurso docente en universidades nacionales*, por RAFAEL CLARK, EDA, 2014-179; *Apostillas sobre el caso “B.” (y un recuerdo de lo escrito por Bidart Campos sobre el control judicial)*, por PEDRO J. J. COVIELLO, EDA, 2014-333; *Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas*, por DOMINGO J. SESÍN, EDA, 2015-589; *Un desarrollo evolutivo de la división de poderes*, por CARLOS IGNACIO GIUFFRÉ, EDCO, 2016-300; *La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Quinta parte: el modelo argentino*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2018-521; *La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Cuarta parte: el modelo de los Estados Unidos*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2018-376; *La nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE. UU. en materia regulatoria. ¿Fin de la “deferencia Chevron”?*, por RODOLFO C. BARRA, Revista de Derecho Administrativo, diciembre de 2022 - número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña. Asociado del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.

de realzar lo que consideramos es un momento de crisis constitucional.

Para tratar este tema, el presente artículo se divide en dos partes. La primera expone las muy débiles bases constitucionales del Derecho Administrativo, desde la figura de las agencias y la doctrina de la no delegación. Asimismo, se explica la evolución del control judicial de las agencias, desde la Ley de Procedimiento Administrativo hasta la doctrina “Chevron” que, durante los últimos cuarenta años, sirvió de centro operativo del Derecho Administrativo.

La segunda parte expone el resultado de la interpretación originalista de la Constitución, con especial énfasis en la doctrina de las cuestiones mayores y en la revocatoria del precedente “Chevron”. Esta sección cierra con las propuestas que se han formulado para interpretar las bases constitucionales del Derecho Administrativo a los fines de permitir, en ciertas condiciones, el control deferente a las agencias.

## II. El moderno Estado administrativo y sus frágiles bases constitucionales

Durante las primeras tres décadas del siglo XX, el modelo de las agencias cambió radicalmente. Estas figuras surgieron en el siglo XIX, en el marco de la incipiente formación del Estado Federal, luego del fin de la Guerra Civil, para resolver básicamente problemas de coordinación generados por fallos de mercado en actividades económicas que van allende de los estados. Pero a inicios del siglo XX, el número y cometidos de las agencias comenzó a aumentar de manera gradual, en lo que se ha denominado *moderno* Estado administrativo, para marcar diferencia con el modelo de agencias del siglo XIX.

El advenimiento de este moderno Estado Administrativo es una obra incompleta. Durante esas primeras tres décadas, la doctrina de Estados Unidos se interesó por el método comparado, a los fines de analizar las agencias de acuerdo con los postulados del Derecho Europeo Continental, según los cuales el Derecho Administrativo es un cuerpo especial de reglas y principios. Pero este análisis se desvaneció en el tiempo ante la práctica marcada por controles extrajudiciales de las agencias, en especial, bajo el peculiar modelo presidencialista de Estados Unidos que descansa en intensos poderes de control del Congreso. En cuanto al control judicial, este partió de los postulados de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero a través del Derecho Procesal ordinario, conocido por cortes comunes. Sin embargo, la idea de que ese control judicial era una parte más del derecho consuetudinario (*common law*) se desvaneció con la llamada doctrina “Chevron” que admitió, con notable imprecisión, reglas especiales del control judicial.

### 1. Las agencias y la doctrina de la no delegación

El Derecho Administrativo de Estados Unidos es –en la práctica– aquel que rige a las agencias dentro del Poder Ejecutivo, aun cuando su extensión a estas no es uniforme. El Título 5 del Código de Estados Unidos (U.S. Code) dedica su Primera Parte a la organización administrativa. Su Capítulo 1 diferencia, así, a los departamentos administrativos y militares, las corporaciones del Gobierno (o empresas del Estado), los establecimientos independientes y a las agencias. Los departamentos –ejecutivos y militares– dependen directamente de la presidencia, mientras que los establecimientos independientes son todas aquellas organizaciones del Ejecutivo que no son ni un departamento ni una corporación del Gobierno. Los departamentos, las corporaciones y los establecimientos independientes se denominan agencias ejecutivas.

Desde el procedimiento administrativo y de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy codificada en el Capítulo 5 del mencionado Título), el concepto es mucho más restrictivo. De conformidad con la sección 551, las agencias se definen como toda autoridad del Gobierno de los Estados Unidos<sup>(1)</sup> distinta al Congreso y a las cortes, incluyendo a los departamentos ejecutivos, dependencias militares, corporaciones gubernativas, establecimientos independientes y agencias ejecutivas. De ese universo, sin embargo, y siguiendo a Schwartz, el Derecho Administrativo se interesa especialmente en las agencias con competencia para incidir en la esfera

jurídico-subjetiva de las personas a través de normas administrativas (potestad reglamentaria o *rulemaking*) o decisiones tales como multas (potestad de limitación o *adjudication*, incluyendo la decisión de controversias). Esas agencias son llamadas “agencias reguladoras” y ejercen tres grandes categorías de funciones: (i) funciones de licencia, controlando el acceso a mercados; (ii) funciones de control de precio y (iii) funciones de control sobre operaciones económicas<sup>(2)</sup>.

Como es sabido, la creación de organizaciones administrativas especiales, distintas a los establecimientos, inició con la creación –en 1887– de la Comisión de Comercio Interestatal (ICC, por sus siglas en inglés), por medio de la Ley de Comercio Interestatal. Desde el método comparado del Derecho Administrativo Económico, esa Comisión era una Administración a cargo de la ordenación y limitación del sector de ferrocarriles por medio de la potestad de inspección, la potestad de dirección y la potestad reglamentaria, en especial, en relación con las tarifas. De manera especial, conviene observar que la Sección 6 de esa ley utilizó como sinónimos las palabras *regulación* y *reglas*<sup>(3)</sup>.

La atribución de estas potestades, por ley del Congreso, fue enmarcada dentro del Derecho Constitucional en la llamada doctrina de la no delegación, que impone límites al poder del Congreso de delegar sus funciones en otros órganos del Gobierno y, en concreto, en el Poder Ejecutivo<sup>(4)</sup>. Los problemas prácticos de la aplicación de esta doctrina, en todo caso, comenzaron a surgir con la ICC, vista la amplitud de potestades reconocidas a estas, incluso a través de la potestad normativa. Así, la Ley de Comercio Interestatal fue la primera en abordar el rol del Gobierno Federal en la economía respecto de políticas públicas de alcance nacional. La necesidad de estas políticas surgió con ocasión a la construcción ferroviaria que, de ser un asunto propio de los estados, pasó a ser un asunto de interés federal. A esos fines, la Ley de Comercio Interestatal estableció políticas federales para prevenir tarifas arbitrarias, encomendando la implementación de esas políticas a la ICC, creada como un órgano fuera de la organización de los departamentos. En concreto, la ley asignó a la ICC competencias para determinar cuándo una tarifa era abusiva<sup>(5)</sup>.

El surgimiento de estas organizaciones a cargo del control de determinado sector económico llevó a la doctrina de Estados Unidos de fines del siglo XX a interesarse por el Derecho Administrativo, a través de una aproximación comparada, vista la ausencia de textos autóctonos<sup>(6)</sup>. El incipiente interés de la doctrina por el Derecho Administrativo continuaría en las primeras décadas del siglo XX<sup>(7)</sup>, a pesar de que la Corte Suprema, en el caso “Lochner” –decidido en 1905–, adoptó una interpretación libertaria de la Constitución Económica, negando al Estado poderes para intervenir en el libre intercambio de bie-

(2) Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1984, pp. 6 y 15 y ss.

(3) Cushman, Robert Eugen, *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, Oxford University Press, Oxford, 1941, pp. 37 y ss.

(4) La doctrina de la no delegación prohíbe al Congreso delegar la función legislativa en otros poderes, pero ha sido aplicada a la asignación, por ley, de competencias a las agencias para ejercer potestades administrativas, incluso, la potestad de dictar normas administrativas, o potestad reglamentaria. Ya a inicios del siglo XIX la Corte Suprema había reconocido que la función normativa no era privativa del Congreso, en especial, en cuanto a las normas procesales que podían dictar las cortes. Véase: *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1 (1825). Asimismo, a fines de ese siglo, ya se había aceptado que órganos administrativos ejercieran funciones que eran administrativas y judiciales, o sea, funciones cuasi-judiciales. Véase: *Orchard v. Alexander*, 157 U.S. 372 (1895). Cfr.: Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, cit., p. 21.

(5) Cushman, Robert Eugen, *The independent regulatory commissions, 1889-1969*, cit., pp. 37 y ss. Véase, en especial, a Landis, James, *The administrative process*, New Haven, Yale University Press, 1941. Landis aludió al advenimiento del “tribunal administrativo” como resultado de ajustar la actuación del Gobierno a los problemas modernos. Esto llevó a acumular en las agencias funciones de adjudicación, funciones normativas e incluso, jurisdiccionales. Las agencias administrativas, como un tipo especial de burocracia, deben quedar sometidas a un Derecho también especial, el Derecho Administrativo (pp. 1-2).

(6) Goodnow, Frank J., *Comparative Administrative Law; an Analysis of the Administrative Systems, National and Local, of the United States, England, France and Germany. Volume I. Organization*, G. P. Putnam’s sons, New York, 1893, pp. iii y ss. Sobre las bases jurídicas de las agencias formadas en el siglo XIX, vid. Mashaw, Jerry, *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, Yale University Press, New Haven, 2012, pp. 3 y ss.

(7) Wyman, Bruce, *The Principles of the Administrative Law Governing the Relations of Public Officers*, Keefe-Davidson Co, St. Paul, 1903, pp. 2 y ss.

(1) En Estados Unidos, el concepto de Gobierno equivale al concepto de Estado en Iberoamérica, y será empleado en este sentido.

nes y servicios<sup>(8)</sup>. Como consecuencia de ello, la creación de organizaciones administrativas especiales para intervenir en la economía tuvo –más bien– carácter excepcional, lo que no impidió a la doctrina avanzar en el estudio del Derecho Administrativo<sup>(9)</sup>.

Las transformaciones económicas y sociales impulsadas por la política conocida por el *New Deal*, adoptada por el presidente Roosevelt para hacer frente a la Gran Depresión, se basaron principalmente en la expansión del gasto público. Esta expansión impulsó el aumento del rol de la Administración Pública en la economía, por medio de leyes aprobadas por el Congreso. Para implementar políticas de horario de trabajo, regulación del salario mínimo y regulación de la competencia, en 1933 se aprobó la Ley de la Recuperación Industrial Nacional, la cual creó a la Administración de Recuperación Nacional (NRA, por sus siglas en inglés). De acuerdo con la ley, la NRA podía dictar “códigos de competencia justa”, regulando diversos aspectos de amplios sectores económicos. De conformidad con la Librería del Congreso, se dictaron 557 códigos<sup>(10)</sup>.

La NRA planteaba tres grandes problemas de Derecho Constitucional. El *primero* era admitir que, de acuerdo con la Constitución Económica, el Estado podía intervenir en la economía para ordenar diversos sectores económicos. El *segundo* indicaba que esa intervención correspondía al Gobierno Federal. Y el *tercero* mencionaba que, dentro del Gobierno Federal, el Poder Ejecutivo podía ejercer la potestad normativa para implementar esa regulación. En 1935, la Corte Suprema abordó el tercer problema, a los fines de hacer valer la doctrina de la no delegación y la declarar inconstitucionalidad de la delegación a favor de la NRA<sup>(11)</sup>. Para la Corte, las condiciones económicas extraordinarias no amplían el ámbito constitucional de atribuciones del Poder Ejecutivo, con lo cual el Congreso no puede abdicar ni transferir las funciones legislativas esenciales de las que está investido, y en concreto, debe definir las políticas que las organizaciones administrativas –como la NRA– podrán abordar a través de su actividad administrativa.

Esta interpretación constitucional amenazó la implementación de las políticas del *New Deal*, que requerían de una amplia intervención administrativa, incluyendo la atribución –o delegación– de potestades de ordenación y limitación basadas en ámbitos de apreciación discrecional. En todo caso, la interpretación fue abandonada dos años después, sin mayor justificación<sup>(12)</sup>. Este cambio de doctrina tuvo dos implicaciones importantes: (i) se consolidó la reinterpretación de las cláusulas económicas de la Constitución para poner fin a la llamada era *Lochner*, reconociendo la habilitación del Gobierno Federal para intervenir en la economía; (ii) dentro del Gobierno Federal, se avaló la creación –mediante ley– de establecimientos independientes a cargo de la ordenación y limitación de sectores económicos, basados en la delegación de potestades normativas y adjudicatarios.

La llamada doctrina de la no delegación –en realidad– solo tuvo plena vigencia dos años –entre 1935 y 1937<sup>(13)</sup>– y, en todo caso, debe aclararse que la delegación no es tal. Así, el Congreso no delega su función legislativa en el Poder Ejecutivo, como sucede por ejemplo en el Derecho Hispanoamericano, con las figuras conocidas como decretos-leyes. En realidad, y tomando como ejemplo el citado caso de la NRA, esta Administración no dictaba

actos con rango legal, sino actos de rango sublegal<sup>(14)</sup>, incluyendo reglamentos y actos de efectos particulares, de acuerdo con las categorías conocidas como *rulemaking* y *adjudication*, respectivamente<sup>(15)</sup>.

Además, esta doctrina no aplica –en realidad– a la delegación o transferencia de la función legislativa del Congreso a las agencias, sino a la asignación, por ley, de competencias para que las agencias ejerzan potestades de ordenación y limitación. Bajo esta visión, entonces, la no delegación debería equivaler a la prohibición de delegaciones en blanco o deslegalizaciones.

En todo caso, a partir de 1937, la creación de organizaciones administrativas a cargo de la ordenación y limitación de sectores económicos –que pasaron a conocerse, genéricamente, como agencias– comenzó a proliferar como resultado de la expansión de la intervención pública en la economía. Con lo cual puede fijarse 1937 como el año de inicio de la consolidación del llamado moderno Estado administrativo. El Estado administrativo es una expresión descriptiva que alude a la existencia de una organización administrativa dentro del Estado y que responde al concepto, ya tratado, de agencias ejecutivas. Esta organización –inicialmente reducida a la Presidencia, la Vicepresidencia y los Departamentos–, a partir de fines del siglo XIX, incorporó a los llamados establecimientos independientes, o sea, las agencias<sup>(16)</sup>.

## 2. El control judicial de las agencias: de la Ley de Procedimiento Administrativo a la doctrina “Chevron”

La reinterpretación del principio de no delegación –en 1937– no respondió tanto a la consolidación de la interpretación orientada a afirmar las bases constitucionales del moderno Estado administrativo, sino más bien, a la tolerancia de ese Estado. Por consiguiente, el advenimiento de las agencias no estuvo acompañado de la creación de reglas y principios especiales –o sea, de un Derecho Administrativo sustantivo– más allá de lo dispuesto en cada caso por las leyes de creación de las agencias, conocidas como estatutos. Además, el control judicial de las agencias se confió a cortes ordinarias de acuerdo con remedios procesales ordinarios<sup>(17)</sup>.

En todo caso, la Corte Suprema, en una sentencia de 1932, fijó principios especiales para el control judicial de las agencias. De esa manera, el poder de adjudicación debe conducirse mediante procedimientos participativos en el marco del debido proceso, alertando que la determinación de los hechos efectuada por el Poder Ejecutivo puede ser revisada judicialmente<sup>(18)</sup>. Como se observa, y más allá de la aplicación de remedios procesales ordinarios, la Corte comprendió que la especial naturaleza de las agencias requería técnicas de control judicial igualmente especiales.

En 1946, este régimen jurídico especial quedó consolidado en la Ley de Procedimiento Administrativo, que no dudamos en calificar como el texto fundamental del Derecho Administrativo<sup>(19)</sup>. Así, no estamos ante una Ley que solo regula al procedimiento, sino que –en realidad– esta Ley estableció el marco jurídico aplicable a las agencias, tanto en el procedimiento para dictar reglamentos y actos de efectos individuales o particulares, como en cuanto a su control judicial. Como la Corte Suprema concluyó en el caso “Wong Yang Sung vs. McGrath” –de 1950–<sup>(20)</sup>, es-

(14) Así lo aclaró Eduardo García de Enterría en “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.

(15) El *rulemaking* equivale a la potestad de ordenación por medio de normas reglamentarias, mientras que el *adjudication* alude a la potestad de limitación, abarcando desde inspecciones hasta órdenes positivas de hacer.

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

(17) A comienzos del siglo XX se intentó, sin éxito, crear cortes administrativas, o sea, cortes con competencia especial para dirimir relaciones jurídico-administrativas, al entenderse que ello facilitaba la creación de un cuerpo jurídico especial. La propuesta no prosperó. Vid.: Ernst, Daniel, *Tocqueville’s Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, cit. Véase también Gellhorn, Walter, *Administrative Law Cases and Comment*, The Foundation Press, Chicago, 1940, pp. 6 y ss.

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

(19) Walker, Christopher, “Modernizing the administrative procedure act”, en *Administrative Law Review* N° 69, 2017, pp. 629 y ss.

(20) *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950), p. 339. Vid. 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.

(8) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). En esa sentencia, la Corte Suprema interpretó muy restrictivamente los poderes del Estado para limitar el libre intercambio de bienes y servicios. La Constitución económica había sido interpretada neutralmente, bajo los moldes del Estado liberal, asignando al Gobierno funciones muy limitadas de intervención en la economía, en especial, justificadas para asegurar el correcto funcionamiento del mercado. En el caso comentado, esta interpretación se aplicó para reputar inconstitucional la intervención pública de limitar la libertad de contratación laboral. La intervención pública en la economía fue tolerada solo para atender, razonablemente, ciertos intereses públicos, como la salud, en lo que se conoció como la doctrina de los poderes de policía (*police power*), sujeto siempre a control judicial (judicial review). 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.

(9) Ernst, Daniel, *Tocqueville’s Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 19 y ss.

(10) Véase: <https://guides.loc.gov/national-recovery-administration/history>.

(11) *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

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

(13) Sunstein, Cass R., “The American Nondelegation Doctrine”, en *The George Washington Law Review*, n° 86-5, pp. 1181 y ss.

ta ley procuró el balance entre la actividad administrativa necesaria para cumplir con los nuevos cometidos estatales y los principios del Estado de Derecho: “Por tanto, la ley refleja un largo período de estudio y lucha; resuelve contiendas prolongadas y duramente reñidas, y desarrolla una fórmula sobre la que se han asentado fuerzas sociales y políticas opuestas. Contiene muchos compromisos y generalidades y, sin duda, algunas ambigüedades.

La experiencia puede revelar defectos. Pero sería un flaco favor a nuestra forma de gobierno y al procedimiento administrativo, si los tribunales no cumplieran, en la medida en que lo justifican los términos de la Ley, en dar efecto a sus propósitos de remedios, allí donde aparezcan los males que pretendían”.

Ahora bien, en el Derecho Constitucional de Estados Unidos el control de la actividad administrativa no responde a un principio general. Más bien, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “existe una fuerte presunción de que el Congreso tiene la intención de permitir la revisión judicial de la acción administrativa”<sup>(21)</sup>. La Ley de Procedimiento Administrativo, incluida en el señalado Título 5 del Código, define la competencia de las cortes para revisar la actividad administrativa, lo que deja a salvo disposiciones estatutarias que puedan modificar –o incluso eliminar– ese control judicial.

Así, la codificación del control judicial de las agencias está contenida en el Capítulo 7 del citado Título. La Sección 702 reconoce el derecho a la revisión judicial por parte de toda persona “que se vea afectada o agravada negativamente por la acción de la agencia”, lo que incluye cualquier tipo de pretensión –incluso de condena– frente a omisiones o al pago de daños causados, en todo caso, dejando a salvo remedios judiciales especiales (Sección 704). Dentro de este ámbito específico, la Sección 705 delimita el alcance de la revisión, basada en la contrariedad a Derecho; esto es la violación, no solo de la ley (o estatutos), sino de la Constitución. En concreto, el numeral 2 de esa Sección –sin duda, la norma más importante– permite a las cortes revisar todas las cuestiones de hecho y de Derecho para declarar la antijuridicidad de la actividad sujeta a control, incluso, en caso de decisiones que sean arbitrarias, caprichosas, que incurran en abuso de discreción o que no estén de acuerdo con la ley<sup>(22)</sup>.

El control judicial o *judicial review* es principalmente revisor, en el sentido de que el rol del Poder Judicial es revisar la actividad de la agencia a los fines de determinar su juridicidad, siempre, para la tutela de situaciones jurídicas subjetivas. En la práctica, este control judicial es ejercido por las cortes ordinarias, a pesar de que destaca el rol de las cortes de la jurisdicción de Washington D.C., tanto en primera como en segunda instancia<sup>(23)</sup>.

En cuanto al control de las cuestiones de hecho, la jurisprudencia aceptó que el control judicial era pleno –o como se le conoce, *de novo*– en el sentido de que la corte aprecia los hechos de manera integral en el también conocido control judicial fuerte o *hard look*<sup>(24)</sup>. Pero el control de las cuestiones de Derecho –esto es, la interpretación y aplicación de la ley por las agencias– dio lugar a uno de los precedentes más importantes y controvertidos del Derecho Administrativo como es la llamada doctrina “Chevron”, basada en la sentencia dictada en 1984 por la Corte Suprema<sup>(25)</sup>.

Frente al control *de novo*, la doctrina “Chevron” estableció el control judicial deferente. Así, cuando la ley asigna (o “delega”) potestades a las agencias, las cortes deben determinar si la ley emplea conceptos vagos, o sea, conceptos indeterminados que comprenden expresiones técnicas y que, en suma, producen una laguna jurídica. Si la ley no emplea tales expresiones, entonces, el control de las cuestiones de Derecho es pleno. Pero si la ley contiene expresiones vagas y, por ende, lagunas, entonces el control judicial es deferente. Así, las cortes deberán determinar si la interpretación de la agencia es permisible, supuesto en el cual no podrán revisar la interpretación de las

cuestiones de Derecho. Pero si la interpretación adoptada por las agencias no es permisible, no aplicará el control deferencial<sup>(26)</sup>.

Esta doctrina, que en realidad fue creada por las cortes inferiores a cargo del control judicial de las agencias, respondió a una realidad creciente desde 1937. Así, al haberse interpretado que el principio de no delegación no impide al Congreso asignar potestades a las agencias para intervenir en la economía, también se aceptó –más bien implícitamente– que la ley podía aludir a expresiones técnicas e indeterminadas, atribuyendo a las agencias la potestad de interpretar y concretar esas expresiones a través de reglamentos y actos individuales. Así, en el caso “Chevron”, la ley estableció diversas limitaciones a actividades económicas aplicables en relación con las *fuentes estacionarias*, pero sin definir este concepto. Con lo cual, y en resumen, se reconoció a las agencias el margen de apreciación para determinar qué se entiende por *fuentes estacionarias*<sup>(27)</sup>.

Pero ese margen no fue ilimitado y no implicó el reconocimiento de inmunidades al control judicial. Por un lado, las cortes tienen plena jurisdicción para interpretar el estatuto y decidir si este emplea términos vagos. Además, las cortes tienen plena jurisdicción para determinar si la interpretación de tal concepto es permisible, bajo el estándar de arbitrariedad, en los términos de la citada Sección 706.

Así, de acuerdo con esta Sección, 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 tribunal. Precisamente, el primer estándar de revisión –la arbitrariedad– es el que determinó la diferencia entre la interpretación permisible, sujeta al control deferente, y la interpretación no permisible o arbitraria, sujeta a control pleno.

Esta doctrina dio lugar a un intenso debate, cuyo completo estudio excedería de este ensayo<sup>(28)</sup>. Basta con señalar que la doctrina fue criticada por imprecisa y por cambiar el sentido de la citada Sección 706, que no reconoció el control deferente. La doctrina “Chevron” se situó en el centro de las críticas al moderno Estado administrativo, calificado como ilegítimo e inconstitucional, al violar el principio de separación de poderes y concentrar poderes inmunes –y por ende, absolutos– en las agencias. Estas críticas, en suma, respondieron a la interpretación libertaria de la separación de poderes, cuestionando la indebida expansión de las agencias<sup>(29)</sup>.

En realidad, el problema de fondo no es la llamada doctrina “Chevron” que, ciertamente, no fue del todo clara en sus enunciados. El verdadero problema de fondo es la ausencia de sólidas bases constitucionales del moderno Estado administrativo y, tanto más, la ausencia de un sistema racional de valores, reglas y principios que apliquen a la Administración Pública –las agencias– y que permitan ejercer el control de la actividad administrativa, no solo en cuanto a su adecuación a la ley positiva –el estatuto aprobado por el Congreso–, sino en general, a todo el ordenamiento jurídico y los principios generales<sup>(30)</sup>.

(26) Sunstein, Cass “Chevron Step Zero”, en *Virginia Law Review* N° 2-92, 2016, p. 187.

(27) Manning, John, “Chevron and Legislative History”, en *The George Washington Law Review* n° 82, 2014, pp. 1517 y ss.

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

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

(30) Bell, Joanna, *The Anatomy of Administrative Law*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020, en especial, p. 252. La anatomía del Derecho Administrativo en Estados Unidos, propuesta por Bell, pone al descubierto un complejo ordenamiento que dificulta la identificación de un concepto organizacional, o sea, de un concepto que pueda abarcar sistemáticamente a todo el Derecho Administrativo.

(21) *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U.S. 667, 106 S.Ct. 2133, 90 L.Ed.2d, 623.

(22) Véase Pierce, Richard, *Administrative Law Treatise Volumen I*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 975 y ss., y Volumen III, pp. 1.565 y ss.

(23) Barnett, Kent y. Walker, Christopher J., “Chevron in the Circuit Courts”, en *Michigan Law Review* n° 116, 2017, pp. 1 y ss.

(24) Breyer, Stephan, *et al*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and cases*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, pp. 287 y ss.

(25) *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

La doctrina “Chevron” reconoció que hay áreas de la actividad administrativa que no responden a la ejecución del estatuto, pues este suele incorporar lagunas debido al carácter técnico y dinámico de la materia a regular. Pero al no existir un sistema de Derecho Administrativo, esas lagunas legales no pudieron ser llenadas con principios generales o valores constitucionales, generándose un vacío normativo que, con razón, fue cuestionado.

Sin embargo, lo cierto es que ese vacío normativo responde a una visión positivista del Derecho Administrativo centrado en el estatuto que no consideró que, incluso de acuerdo con la Sección 706, las áreas de la actividad administrativa no predeterminadas por la ley no suponen áreas de poderes absolutos, sino áreas de poderes subordinados a los principios generales del Derecho y, entre ellos, el principio de interdicción a la arbitrariedad. Tal es uno de los fundamentos de la propuesta de la moralidad interna que comentaremos en la sección siguiente<sup>(31)</sup>.

Con lo cual, y en resumen, el problema de fondo no era la doctrina “Chevron”. Esta era, más bien, el síntoma de las tensiones generadas por el surgimiento del moderno Derecho Administrativo sin un sistema racional de valores, principios y reglas. El Derecho Administrativo ha tenido una gran dependencia al estatuto, todo lo cual ha derivado en el método exegético, marcado además por el positivismo que obliga a ubicar –en el texto expreso del estatuto– todos los motivos de control judicial. En esta visión exegética, las agencias no tienen ninguna autoridad constitucional, en tanto su ámbito dependerá de la “delegación” que en cada caso realice el Congreso, lo que de entrada supone un problema conceptual para admitir la existencia de márgenes de deferencia, o sea, competencias no subordinadas al estatuto pero siempre sometidas a la Constitución y a los principios generales. Así, el verdadero problema de fondo tras la doctrina “Chevron” era la ausencia de una interpretación constitucional que justifique que las agencias tienen funciones propias que los otros poderes no pueden invadir, y que admite que el estatuto no puede agotar exhaustivamente todos los ámbitos de las competencias asignadas a las agencias para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

### III. El moderno Estado administrativo frente a la interpretación originalista de la Constitución

El verdadero problema del moderno Estado administrativo es de interpretación constitucional. En Estados Unidos, este problema tiene aristas especiales pues, en suma, el moderno Estado administrativo no está reconocido en el texto de la Constitución. Por el contrario, las bases constitucionales del Derecho Administrativo –en esencia– se limitan al artículo 2 de la Constitución que rige al Poder Ejecutivo y, en especial, a la Presidencia, la Vicepresidencia y los Departamentos. Las agencias –o establecimientos independientes– no aparecen en la Constitución. Ante la ausencia de normas constitucionales que expresamente apliquen al moderno Estado administrativo, la interpretación constitucional resulta, entonces, fundamental. Y esa interpretación responde, básicamente, a dos tesis: la interpretación progresista y la interpretación originalista<sup>(32)</sup>.

En apretada síntesis, la interpretación progresista no se limita a la letra de la Constitución ni al método histórico, pues adopta una interpretación evolutiva orientada a expandir la esfera de libertad en su dimensión económica y social. Esta línea de interpretación, por ejemplo, se ha basado en la cláusula del debido proceso para derivar derechos constitucionales basados en la expansión social de la libertad<sup>(33)</sup>. En contra, la interpretación originalista parte de la lectura de la Constitución según su sentido original al momento de la ratificación, aun cuando también considera antecedentes previos a la ratificación –e incluso, posteriores–, pero siempre con el propósito último de deducir la intención original del constituyente, predominando el método literal e histórico<sup>(34)</sup>.

(31) Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 202.

(32) Sunstein, Cass, *How to interpret the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2023, pp. 8 y ss.

(33) Breyer, Stephen, *Reading the Constitution. Why I chose pragmatism, not textualism*, Simon & Schuster, New York, 2024, pp. 114 y ss.

(34) Scalia, Antonin, “Originalism: the lesser evil”, *University of Cincinnati Law Review* N° 57(3), 1989, pp. 849 y ss.

La expansión del moderno Estado administrativo puede justificarse fácilmente en el primer método, a partir de una interpretación evolutiva en la cual considere que la plenitud de la libertad y la promoción de condiciones de igualdad precisan de una amplia intervención administrativa. Pero bajo la segunda técnica, las bases constitucionales del moderno Estado administrativo serían dudosas, en tanto esta es una figura propia del primer tercio del siglo XX y, por ende, no responde al sentido original que los constituyentes dieron al Poder Ejecutivo<sup>(35)</sup>.

Como el máximo y último intérprete de la Constitución es la Corte Suprema, conociendo en revisión (*certiorari*) del control difuso ejercido por las cortes de instancia, la composición de los nueve magistrados de la Corte resulta fundamental para inclinar la balanza en uno u otro sentido. Precisamente, la actual Corte Suprema, presidida por el magistrado Roberts, tiene una clara composición mayoritaria –cinco de nueve magistrados– a favor del originalismo. Pero ello –advertimos– no implica que la mayoría sentenciadora parta de un mismo canon originalista, pues lo cierto es que dentro de este canon hay grados diferentes, en especial, según la tolerancia a ciertos aspectos del moderno Estado administrativo o, por el contrario, la adhesión a principios libertarios, propios del momento de la ratificación constitucional<sup>(36)</sup>.

#### 1. Los nuevos paradigmas del control judicial: la doctrina de las cuestiones mayores y el precedente “Loper Bright”

El punto de inicio de los nuevos paradigmas fue “Alabama Association of Realtors v. Department of Health and Human Services”, de 2021<sup>(37)</sup>. En esta sentencia se afirmó que el Congreso debe dominar el proceso de toma de decisiones, por lo cual los estatutos deben ser explícitos y claros al delegar competencias en las agencias. Lo que resalta de este caso es que no cuestiona el grado de intervención del Estado en la economía, sino que se limita a establecer que el proceso de toma de decisiones corresponde al Congreso, a nivel federal.

En 2022, esta centralidad de la ley llevó a la Corte a afirmar que las agencias son criaturas de la ley, o sea, que ellas solo pueden actuar si la ley expresamente lo habilita, de lo cual resulta que la actividad de las agencias es puramente ejecutiva, en el sentido de ejecución material de la ley<sup>(38)</sup>. Esta visión niega toda sustantividad a la actividad administrativa y, en especial, niega cualquier ámbito constitucional de funciones propiamente administrativas. En realidad, bajo esta interpretación, las agencias solo ejecutan la ley, lo que realza la idea de una delegación que niega entidad propia a la actividad administrativa.

Finalmente, en 2022<sup>(39)</sup> y luego, en 2023<sup>(40)</sup>, la Corte Suprema acotó que, en áreas de vasto impacto económico y social, el estatuto debe ser claro y explícito, sin que las agencias puedan interpretar expresiones ambiguas. Bajo esta interpretación, en realidad, no hay margen de deferencia alguno en cuestiones mayores de Derecho al negarse toda posibilidad de emplear conceptos vagos o –tanto más– de empoderar a las agencias a adoptar decisiones no predeterminadas por la ley. 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 las agencias no tienen potestades para adoptar decisiones de vasto impacto, con base en previsiones ambiguas del estatuto<sup>(41)</sup>.

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

(36) Los nueve magistrados suelen clasificarse ideológicamente en dos grupos, a saber, liberales (en el sentido de progresistas) y conservadores. Sotomayor, Kagan y Jackson están en el primer grupo. En el segundo, sin embargo, es posible identificar dos sub-grupos. Roberts, Kavanaugh, Barret y Gorsuch se ubican en una posición conservadora más de centro, mientras que Alito y Thomas en el espectro de mayor intensidad. Esto supone un problema práctico para formar una mayoría de al menos cinco magistrados. Véase González, Oriana y Alberti, Danielle, “The political leaning of the Supreme Court Justices”, en Axios, 3 de julio de 2023, tomado de: <https://www.axios.com/2019/06/01/supreme-court-justices-ideology> (consulta: 19/7/24).

(37) 594 U. S. \_\_\_\_ 2021.

(38) *National Federation of Independent Business vs Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, [595 U. S. \_\_\_\_ 2022].

(39) *West Virginia vs Environmental Protection Agency* (2022).

(40) *Biden vs Nebraska* (2023).

(41) Thomas W. Merrill, “The Major Questions Doctrine: Right Diagnosis, Wrong Remedy”, Stanford University”, The Hoover Institution

De esa manera, entre 2021 y 2023, la interpretación constitucional adoptada por la Corte Suprema partió de tres principios: (i) el proceso de toma de decisiones se centra en el Congreso; (ii) las agencias solo pueden ejecutar la ley en tanto sirven al Poder Legislativo, y (iii) en cuestiones mayores de Derecho, la ley no puede emplear expresiones ambiguas, lo que implica que, en ese ámbito, no hay margen de deferencia<sup>(42)</sup>.

Esta línea se consolidó con la sentencia del 28 de junio de 2024, recaída en el caso “Loper Bright”, y por la cual se revocó el precedente “Chevron”<sup>(43)</sup>. Este resultado, a decir verdad, no sorprendió<sup>(44)</sup>. Lo que sí llama la atención son las razones bajo las cuales este precedente se revocó y, tanto más, la interpretación constitucional que se hizo al moderno Estado administrativo.

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 originalismo, con variantes. Kagan, Sotomayor y Jackson, magistrados del ala progresista (llamada “liberal”, para confusión de los hispanos) disintieron.

Esta mayoría sentenciadora 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” básicamente se limitó 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 presidente Roberts para lograr una fórmula de consenso que, eliminando la doctrina “Chevron”, dejase intactas —al menos, en sus trazos centrales— las bases del moderno Estado administrativo.

De esa manera, el razonamiento que llevó a la Corte a decidir el caso “Loper Bright” 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”<sup>(45)</sup>. 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.

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 estas, incluso para matizar el alcance práctico de esta doctrina. En varios pasajes, la propia sentencia reconoce 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 externa 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 deferencia<sup>(46)</sup>. 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, pueda 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 preordenado, 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 agencia de la laguna del estatuto<sup>(47)</sup>.

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 estas.

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 de hecho realizada por las agencias era *respetada*, deferencia que sin embargo no era reconocida en la interpretación de asuntos de Derecho. Citando un caso de 1940<sup>(48)</sup>, 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, la Corte 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 razonabilidad<sup>(49)</sup>.

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 interpretación 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 materialmente la actividad de la agencia en el estatuto. Cuando este tiene lagunas, esa subsunción no es posible, al menos en el sentido tradicional; cuando esas lagunas —como luego veremos— otorgan a las agencias la facultad de escoger entre varias opciones, el control judicial no puede determinar cuál 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 permite a la Corte declarar arbitraria la opción discrecionalmente seleccionada por la agencia, y ello solo es posible si se parte de un margen de deferencia<sup>(50)</sup>.

Center for Revitalizing American Institution, 2023, tomado de [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/4197](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/4197) (consulta: 30/6/24). Autores como Oren 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 Iberoamérica. Cfr.: 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).

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

(43) *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, decidido junto con el caso *Relentless, Inc. v. Department of Commerce*.

(44) Vermeule, Adrian, “The Deference Dilemma”, 2023, tomado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4594638](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4594638) (consulta: 30/6/24).

(45) En concreto, se citó *El Federalista* n° 78, de Hamilton. Véase: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp).

(46) 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 la mención a *Marbury*, pues lo cierto es que el *judicial review* no está expresamente reconocido en el Texto, ni puede inferirse literalmente de *El Federalista*.

(47) 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.

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

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

(50) Manning, John, “Chevron and Legislative History”, en *The George Washington Law Review* n° 82, 2014, pp. 1517 y ss.

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 tienen el poder de revisar todas las cuestiones relevantes de Derecho, incluso respecto de 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. La inclusión de conceptos ambiguos en el estatuto no permite inferir la atribución de poderes discrecionales, en tanto estos deberían ser asignados expresamente por el estatuto.

Finalmente, la *cuarta* conclusión 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 discrecionales, 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”<sup>(51)</sup>. 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.

Este es, para nosotros, el gran aporte de la sentencia. Pero lamentablemente, su contenido no fue suficientemente elaborado, pues el interés primero era justificar la revocatoria del precedente “Chevron”, 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 la 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 consideran 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. La interpretación originalista de la Constitución y el control judicial deferente de las agencias. La propuesta de los principios de moralidad interna y del constitucionalismo del bien común

La revocatoria de “Chevron” no es sorprendente. Lo sorprendente es que la mayoría sentenciadora no avanzó hacia la inconstitucionalidad del moderno Estado administrativo, ni mucho menos, la inconstitucionalidad del margen de deferencia. Por otro lado, la revocatoria del precedente no es descabellada: el solo uso de expresiones ambiguas en la ley no implica, *per se*, la atribución de apreciaciones de políticas públicas. La indeterminación de la ley es, en suma, una cuestión de Derecho y no de política pública.

La Corte reconoce que cuando la ley asigna competencias discrecionales –o sea, de políticas públicas– las cortes deben guardar un margen de deferencia, pero sin abdicar su rol de control, con base en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Las cuatro conclusiones descritas en la sección anterior llevaron a la Corte a resumir su posición de la siguiente manera, de acuerdo con nuestra interpretación libre: “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 por el 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 tribunales, 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:

*Primer principio:* la ley debe atribuir a la agencia la competencia para ejercer potestades. Sin esa habilitación, las agencias no pueden actuar.

*Segundo principio:* 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.

*Tercer principio:* 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 arbitrarias<sup>(52)</sup>.

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

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

(52) 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=177/24>.



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 cuál 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 que de acuerdo con el artículo 2, el Poder Ejecutivo tiene funciones propias que quedan fuera del ámbito del control judicial. En realidad, la mayoría sentenciadora solo consideró un lado de la moneda –el de juzgar–, pero obvió el otro –administrar–.

Desde la perspectiva de línea de interpretación libertaria antes mencionada, 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 este<sup>(53)</sup>). Tal lectura explica el concepto de delegación y niega toda sustantividad propia a las agencias, en tanto estas 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 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*). 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 –tradicionalmente– 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 1944<sup>(54)</sup>. En el caso “Skidmore”, la Corte Suprema concluyó que las decisiones dictadas por las agencias 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 fue ratificado. Esto permite considerar si la interpretación del estatuto realizada de manera consistente por las agencias es correcta, guardando con ello un control deferente.

En la sentencia comentada hay dos tensiones 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 únicamente 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 lectura de “Loper Bright”, aplicando el Derecho Administrativo Hispanoamericano como referencia, es diferenciar entre el control judicial pleno de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial deferente de la discrecionalidad administrativa<sup>(55)</sup>.

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 alguno<sup>(56)</sup>. 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”<sup>(57)</sup>, 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 llenar esa laguna, incluso mediante reglamentos que 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.

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: o el edificio está en ruinas o no lo está. La Administración no podría considerar que el uso de este concepto jurídico indeterminado le otorga discrecionalidad para decidir, conforme a un juicio de conveniencia, si el edificio pudiera estar en ruinas, dependiendo de las exigencias del interés general<sup>(58)</sup>. Con lo cual, y en clave comparada, coincidimos con la crítica a “Chevron”: el uso de conceptos jurídicos indeterminados no implica, en sí mismo, el reconocimiento de un margen de apreciación de políticas públicas.

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 nuestra traducción libre: “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 Administra-

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

(56) José Ignacio Hernández, *After Chevron: “The Constitutional Foundations of U.S. Administrative Law from a Comparative Latin American Perspective”*, In! J. Const. L. Blog, Jul. 3, 2024, at: <http://www.icconnectblog.com/after-chevron-the-constitutional-foundations-of-us-administrative-law-from-a-comparative-latin-american-perspective/>.

(57) *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.

(58) 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.

(53) 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 estas cumplen un rol fiduciario. La cuestión de interpretación constitucional es definir quién es el principal.

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

tivo' 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 analizado por Arroyo Jiménez: si la ley atribuye a la Administración un margen de apreciación para concretar el concepto jurídico indeterminado, entonces la concreción de tal concepto no podría ser sustituida por un control de conveniencia del juez, pues la ley reconoce un margen de apreciación<sup>(59)</sup>. 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 deferencia<sup>(60)</sup>.

El reconocimiento de un margen de deferencia y la afirmación según la cual los jueces quedan fuera del espacio de políticas públicas niegan toda visión en la que predomine el imperio judicial y también toda interpretación que niegue ámbitos de decisión no preordenados en el estatuto. Pero en "Loper Bright" faltó la interpretación constitucional que permita llenar el vacío normativo en los espacios de políticas públicas y que pasa por reconocer que, además del sometimiento a la ley, las agencias también se someten a principios y valores jurídicos. Dos tesis podrían ayudar a completar esta tarea incompleta.

Como adelantamos anteriormente, Sunstein y Vermeule han propuesto acudir a la teoría de la moralidad interna de Fuller para deducir, del ordenamiento jurídico, el principio de moralidad interna que asegura la consistencia y coherencia de la acción de las agencias (por ejemplo, impidiendo derogar reglamentos por actos individuales o prohibiendo efectos retroactivos de los actos)<sup>(61)</sup>. Estos principios pretenden llenar las lagunas que deja el estatuto, otorgando al juez herramientas para aplicar los estándares de la Sección 706, en concreto, la interdicción de la arbitrariedad. Como hemos observado, los principios de la moralidad interna son los principios generales del Derecho, de especial utilidad en el control de la discrecionalidad<sup>(62)</sup>.

En este sentido, Adrian Vermeule ha propuesto interpretar la Constitución desde el bien común, o sea, la tradición legal clásica<sup>(63)</sup>. Esto pasa por reconocer que la Constitución contiene, además de reglas, principios y valores que se determinan del ordenamiento jurídico y que encuentran su justificación en la dignidad humana y la comunidad política que esta requiere para desenvolverse. Esta propuesta coincide con una observación muy extendida en América Española en la cual se afirma que, de acuerdo con sus bases constitucionales, la Administración Pública es una organización fiduciaria orientada al servicio de las personas desde la centralidad de su dignidad<sup>(64)</sup>.

Bajo estas tesis, las agencias no son simples criaturas del estatuto, sino organizaciones fiduciarias al servicio de las personas, que cuentan con un ámbito propio de funciones constitucionales que no puede ser invadido por

los otros poderes<sup>(65)</sup>. Ello no implica abdicar del Derecho, pero sí abandonar la centralidad de la ley desde el positivismo jurídico-formal. Esto es que las agencias no solo se someten al estatuto (*lex*), sino a todo el ordenamiento jurídico (*ius*) y los principios generales. Al pasar del *lex* al *ius*, el margen de deferencia adquiere otro tamiz: no es una excepción a la separación de poderes, sino que es más bien una consecuencia de tal separación, pues el espacio de políticas públicas no puede ser invadido por el control judicial, el cual se extenderá a los demás elementos que derivan de la Sección 706 y, en especial, la interdicción de la arbitrariedad.

#### IV. Conclusiones

Entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, la formación histórica del Derecho Administrativo en Estados Unidos fue resultado de la adecuación práctica de ese Derecho a la creación de las llamadas agencias, o sea, organizaciones creadas por el estatuto para realizar ciertas tareas, y diferentes a las organizaciones del Poder Ejecutivo mencionadas en el artículo 2 constitucional. Entre 1935 y 1937, la Corte Suprema consideró que el Congreso no podía delegar amplias funciones en las agencias, o sea, no podía atribuirles amplias potestades administrativas, en especial, para dictar reglamentos. Luego de 1937, la Corte Suprema cedió al tolerar a estas agencias que configuraron el así llamado moderno Estado administrativo. Empero, la Corte nunca interpretó la Constitución para justificar el advenimiento de ese Estado, no reconocido como tal en el citado artículo 2.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 quiso llenar este vacío al punto de haber sido considerada como una norma cuasiconstitucional. En concreto, la Sección 706 del actual Título 5 del Código contempla los motivos de revisión en sede judicial, tanto por razones de hecho como de Derecho e incluso de arbitrariedad. Con todo, esta Sección tampoco reconoce a las agencias un ámbito propio de actuación derivado de la función ejecutiva y, por ende, separado del ámbito del Poder Judicial previsto en el artículo 3. El problema del margen de deferencia fue resuelto, de nuevo en sentido práctico, por la llamada doctrina "Chevron".

La ausencia de bases constitucionales escritas que justifiquen al moderno Estado administrativo llevó a diversos cuestionamientos en torno a su constitucionalidad, en especial, desde la técnica originalista de interpretación de la Constitución. Bajo la nueva configuración de la Corte Suprema, y a partir de 2021, se adoptaron tres principios de interpretación constitucional que redujeron los fundamentos del moderno Estado administrativo: (i) el proceso de toma de decisiones se centra en el Congreso; (ii) las agencias solo pueden ejecutar la ley, y (iii) en cuestiones mayores de Derecho, la ley no puede emplear expresiones ambiguas.

No es de extrañar, por ello, que en 2024 la Corte haya continuado con esta línea para revocar la doctrina "Chevron", en concreto, al considerar que el artículo 3 de la Constitución es violado cuando se limita el control judicial pleno si el estatuto emplea conceptos vagos que dan lugar a lagunas legales. En el caso "Loper Bright", la Corte consideró que, a pesar de esas lagunas, el uso de conceptos vagos es una cuestión de Derecho y no una cuestión de política, lo que implica que las cortes deben ejercer un control pleno.

Esta conclusión no es del todo descabellada. En realidad, cuando el estatuto emplea conceptos vagos o imprecisos, no necesariamente está atribuyendo a las agencias competencias para valorar la oportunidad y mérito y, así, definir políticas públicas. De esa manera, al interpretar el concepto vago de *fuentes estacionarias* —que dio lugar a la doctrina "Chevron"—, las agencias no valoran aspectos de políticas públicas, sino que interpretan la ley con criterios técnicos en una interpretación que, por jurídica, queda sometida al control judicial pleno.

Pero ello no obsta a que la ley encomiende a las agencias aspectos de política pública que no están predeterminados en la ley y respecto de los cuales debe reconocerse un margen de deferencia que limita el control judicial, pero no lo excluye. Según el nuevo precedente "Loper Bright", las cortes deben ejercer el control de acuerdo con

(59) 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.

(60) 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.icconnectblog.com/after-chevron-the-constitutional-foundations-of-us-administrative-law-from-a-comparative-latin-american-perspective/>(consulta: 5/7/24).

(61) Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, cit. Vid. Fuller, Lon, *The morality of Law. Revised edition*, Yale University Press, 1964, pp. 33 y ss.

(62) 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.

(63) Vermeule, Adrian, *Common good constitutionalism*, Polity, 2022, pp. 91 y ss.

(64) Cassagne, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal", en *El Derecho* N° 15.191, Buenos Aires, 2021, pp. 1 y ss.; Coviello, Pedro J. J., "Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 22 y ss.; Delpiazo, Carlos, "Bien común, sociedad y Estado", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 11, Uruguay, 2012, pp. 83 y ss., y Durán Martínez, Augusto, "El Derecho Administrativo al servicio de la casa común", en Durán Martínez, Augusto (coordinador), *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común*, Ediciones Información Jurídica, Montevideo, 2017, pp. 42 y ss.

(65) Sunstein, Cass, "Separation of Power is A They, tomado de: <https://ssrn.com/abstract=4850425> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4850425> (acceso: 30/6/24).

la citada Sección 706, todo lo cual realza la importancia del control de arbitrariedad. Pero en modo alguno las cortes pueden entrar al espacio de políticas públicas.

Lamentablemente, la justificación y contenido de este margen de deferencia no fueron elaborados por la Corte, pues quizás ello hubiese impedido formar la mayoría sentenciadora. En todo caso, la única manera de conciliar el control judicial deferente sobre potestades discrecionales con los fundamentos del imperio del Derecho es reconociendo que el control judicial no se limita a contrastar el estatuto con la actividad de las agencias, sino que –además– debe considerar a los principios generales del Derecho, en especial, en relación con el control de arbitrariedad.

La aplicación de estos principios generales no puede justificarse ni en la interpretación progresiva ni en la interpretación originalista. En aquella, es la voluntad del juez la que impulsa la evolución de la interpretación constitucional; en el segundo, el predominio de la interpretación literal choca en contra del reconocimiento de principios

que no solo no se derivan de la ley, sino que, además, condicionan su validez. Con lo cual, la correcta aplicación de “Loper Bright” pasa por llevar al Derecho Administrativo de Estados Unidos de la *lex al ius*, o sea, de las agencias como criaturas de la ley a las agencias que actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y que cumplen un rol fiduciario en la consecución material de los cometidos estatales.

**VOCES: JUECES - PROCESO JUDICIAL - COMPETENCIA - PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - DERECHO ADMINISTRATIVO - DIVISIÓN DE PODERES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS - LEY - CONSTITUCIONALIDAD - CONGRESO NACIONAL - PODER LEGISLATIVO - JURISPRUDENCIA EXTRANJERA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - SEGURIDAD NACIONAL - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DERECHO PÚBLICO**