

¿EL OCASO DE *CHEVRON*?: AUGE Y FRACASO DE LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA JUDICIAL HACIA EL EJECUTIVO

JORGE PÉREZ ALONSO
Abogado

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.—II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA HASTA LA SENTENCIA *CHEVRON*.—III. LA «RETIRADA» DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA HACIA EL EJECUTIVO TRAS EL CASO *CHEVRON*: LOS CASOS *CHRISTENSEN* Y *MEAD*: 1. *Christensen v. Harris County*. 2. *United States v. Mead Corp.*—IV. ¿FRACASO DE *CHEVRON*?—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Veinticinco años después de que el Tribunal Supremo diera a luz su sentencia *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, aún no está claro en qué supuestos se aplica dicho caso y la extensión concreta de la deferencia. La propia doctrina no está clara ni ofrece respuesta a varios interrogantes y, aplicando la misma caso por caso, el Tribunal Supremo ha elaborado diferentes versiones de la misma. El presente artículo trata de exponer las dificultades de la doctrina *Chevron* y las razones por las cuales debe ser rectificada.

Palabras clave: revisión judicial; agencias administrativas; interpretación legal; deferencia *Chevron*.

ABSTRACT

Twenty-five years after Supreme Court's decision in *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, it remains uncertain in what cases the doctrine applies and the extension of the *Chevron* deference. The doctrine itself is unclear and does not provide answers in many issues, and in applying it case by case the Supreme Court has created more than one version of *Chevron*. This article tries to explain the complexities of *Chevron* doctrine and the reasons for which it should be overruled.

Key words: judicial review; administrative agencies; statutory construction; *Chevron* deference.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Sin duda alguna, uno de los temas más recurrentes e importantes en el seno del Derecho administrativo es el control de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a la ley y al Derecho. Porque únicamente cuando el ciudadano goza de los medios necesarios para defender sus derechos frente a una actuación administrativa contraria al ordenamiento jurídico podremos hablar verdaderamente de la existencia real de un Estado de Derecho. In-

cluso en sistemas jurídico-públicos como el norteamericano, tan alejados y diferentes del nuestro, éste es un tema capital hasta el punto que uno de los grandes administrativistas estadounidenses ha indicado, precisamente al abordar el estudio de esta materia, que el control judicial de la Administración es un asunto de crucial importancia dado que del mismo depende la efectiva protección del ciudadano frente a los abusos del poder¹. No obstante, y en relación con el tema del control de la actividad administrativa, Adrian VERMEULE se refería en un reciente e interesantísimo artículo a la existencia en el seno del Derecho administrativo de «*agujeros negros*» (supuestos en que la normativa excluye de manera expresa el control judicial de la actividad administrativa) y «*agujeros grises*» o agujeros negros encubiertos (donde el control de la actividad administrativa se encuentra sometido a unos límites tan vagos que en la práctica la Administración puede actuar a su antojo); la tesis de VERMEULE, anunciada ya al inicio de su indispensable trabajo y que desarrolla a lo largo del mismo con sucesivos ejemplos prácticos, es que la existencia de tales agujeros negros y grises en el seno del Derecho administrativo es inevitable, mas ello no debe conducir al desánimo ni a llevar a desaliento al jurista para que éste contribuya a intentar reducir tales agujeros al mínimo².

A diferencia de nuestro sistema de Derecho administrativo, que debe en gran parte su actual estructura a sus peculiares orígenes históricos, sitos en la lectura que en la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII se hizo del principio de división de poderes y que se perfeccionó de manera evolutiva gracias a la jurisprudencia de una institución napoleónica como fue el Consejo de Estado francés (circunstancia ésta resumida a la perfección por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en su impagable estudio *Revolución francesa y Administración contemporánea*), el sistema administrativo norteamericano parte de una situación originaria radicalmente distinta tanto a nivel político como social³ y, sobre todo, jurídico (al ser el sistema estadounidense tributario y heredero del *common law* inglés —no en vano se trata de antiguas colonias británicas— y que en su proceso de independencia frente a la metrópoli se realizó una lectura e interpretación del principio de división de poderes muy diferente no sólo a la que hicieron los revolucionarios galos, sino a la que doctrinal y políticamente imperaba en Inglaterra) que, lógicamente, desembocó en un sistema jurídico-público distinto al europeo continental que se tradujo en unos mecanismos de control que difieren respecto a los que estamos acostumbrados en las naciones europeas. El peso de la Administración y las funciones que la misma ostenta diferían notablemente en Europa

¹ «*The question of the scope of review is of crucial importance. Upon it hinges both the efficacy of the administrative process and the judicial ability to protect individuals against abuses of power*» (SCHWARTZ, 1991: 624).

² VERMEULE (2009: 1096-1097). En definitiva, los «agujeros negros» son de creación legal dado que tienen su origen precisamente en una exención consagrada a nivel legislativo, mientras que los «agujeros grises» son de creación jurisprudencial, siendo, para VERMEULE, mucho más peligrosos éstos que aquéllos al ofrecer una apariencia de control judicial.

³ En general, la inexistencia de monarquía y la ausencia en la práctica de una aristocracia titulada como la existente en el continente europeo y en la propia metrópoli inglesa.

y en los Estados Unidos, puesto que si bien en aquélla los derechos de los ciudadanos frente a la Administración son creados y garantizados por la ley, en Norteamérica los derechos son considerados preexistentes e inherentes al individuo⁴. Mas existe aún otra diferencia fundamental: aun en pleno liberalismo decimonónico, el peso de la Administración en los países de la órbita francesa fue siempre extraordinario ya que, como indicó Alexis DE TOCQUEVILLE en su obra *El Antiguo Régimen y la Revolución*, la Administración contemporánea concentró en sus manos toda una pléyade de atribuciones hasta entonces dispersas en diferentes manos e instituciones, amén de ser precisamente la Administración quien tenía encomendada la tarea de arramblar con las instituciones del Antiguo Régimen. Por el contrario, en los Estados Unidos de América la Administración federal siempre contó con unos poderes limitados y no fue hasta la implosión de la actividad administrativa que siguió a la guerra de secesión cuando comienzan a surgir en el seno del sistema norteamericano una serie de agencias administrativas en su moderna configuración, siendo la más significativa de ellas la *Interstate Commerce Commission*, creada en 1887, fecha que simbólicamente marca el inicio del Derecho administrativo norteamericano. No quiere ello decir que con anterioridad a la creación de dicho organismo no existieran en el Derecho administrativo entes que pudieran asimilarse a las modernas agencias ni mecanismos de control respecto a la actividad administrativa; de hecho, como ha demostrado recientemente Jerry L. MASHAW en cuatro extensos e interesantísimos trabajos publicados en la *Yale Law Journal*⁵ y que se sumergen en la historia del Derecho administrativo norteamericano durante su primer siglo de existencia, ya desde los orígenes mismos de la nueva República norteamericana y tras la constitución del primer gobierno federal se crearon una serie de organizaciones administrativas con potestades similares a las modernas agencias⁶. Pero, ciertamente, la administración por agencias en su

⁴ «En Estados Unidos, el proceso de construcción de sus instituciones administrativas y, en definitiva, de su Derecho Público es a la inversa que en Europa. Y es que, como señala Zagrebelsky, la característica principal de las Declaraciones americanas (tanto la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 como de la Declaración de la Independencia de ese mismo año) es la fundamentación de los derechos de los individuos en una esfera jurídica que precede al Derecho que pueda establecer el legislador. Siguiendo al citado autor, los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas [...] y, en consecuencia, los derechos constituían a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos, haciendo de este modo posible el acto de delegación constitucional, fundando el Estado y, en él, el poder legislativo. Puede así decirse que en Estados Unidos la ley deriva de los derechos; en Europa los derechos derivan de la ley» (AVEZUELA CÁRCCEL, 2008: 5).

⁵ Me estoy refiriendo a «Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801», núm. 115, 2006, págs. 1256-1344; «Reluctant Nationalists: Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 1801-1829», núm. 116, 2007, págs. 101-205; «Administration and the Democracy Administrative Law: from Jackson to Lincoln, 1829-1861», núm. 117, 2008, págs. 1568 y ss.; y el último y recientísimo «Federal administration and Administrative law in the gilded age», núm. 119, 2010, págs. 1361-1472.

⁶ «From the earliest days of the Republic, Congress delegated broad authority to administrators, armed them with extrajudicial coercive powers, created systems of administrative adjudication, and provided for judicial review of administrative action. And the first independent agency at the national level was not the ICC, but the Patent Office, created ninety-seven years earlier [...] Early Congresses delegated broad policymaking powers to the President and to

moderna configuración, con potestades de *adjudication* y *rulemaking*, aun con antecedentes más o menos lejanos, recibe carta de naturaleza en el periodo que sigue a la reconstrucción posbélica con la meritada *Interestate Commerce Commission* y las posteriores agencias creadas tomando aquella como modelo. Inevitablemente, la existencia de entes públicos cuya actuación material afectaba a la esfera de los derechos ciudadanos necesitaba de mecanismos de control sobre su actividad, que, en el ámbito jurídico, estaban constreñidos inicialmente a acciones judiciales de responsabilidad frente al empleado público o a procedimientos limitados a cuestionar la constitucionalidad del estatuto de creación de la agencia⁷, pero que posteriormente evolucionaron hacia un más perfecto sistema de revisión judicial de la actividad administrativa. Y uno de los principales interrogantes que surgió en el seno del Derecho administrativo norteamericano fue precisamente el control judicial sobre la interpretación que las agencias administrativas realizan a la hora de aplicar y desarrollar su propia ley de creación, asunto éste que fue resuelto hace ya veintiséis años en la celeberrima sentencia *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, sin duda alguna el caso más citado y sobre el que más se ha escrito en el Derecho administrativo estadounidense. Transcurridas casi tres décadas, los criterios originalmente invocados en la sentencia *Chevron* han sufrido retoques, matizaciones y excepciones, hasta el punto que parte de la doctrina jurídica solicita ya abiertamente la rectificación de tal sentencia. Es de destacar en este aspecto un reciente trabajo de Jack M. BEERMANN cuyo título es ya de por sí ilustrativo, «End the failed Chevron experiment now: How Chevron has failed and why it can and should be overruled»⁸, cuya tesis central defiende que el experimento *Chevron* ha fracasado como doctrina jurisprudencial y, por lo tanto, debe rectificarse la misma a la primera oportunidad que se presente.

En nuestro país no se ha mostrado interés alguno por la traducción de obras de Derecho administrativo norteamericano⁹, y si bien existen trabajos de autores españoles que abordan monográficamente tanto el Derecho administrativo estadounidense en general (los ya clásicos de Juan José LAVILLA RUBIRA y Ángel Manuel MORENO MOLINA¹⁰) como la revisión judicial de la ac-

others, combined policymaking, enforcement and adjudication, in the same administrative hands, created administrative bodies outside of executive departments, provided for the direct responsibility of some administrators to Congress itself, and assigned nonjudicial business to the courts» (MASHAW, 2006: 1260 y 1268). Véase igualmente sobre este particular, en nuestra doctrina, la obra de MORENO MOLINA (1995: 189-253).

⁷ MASHAW (2006: 1258).

⁸ BEERMANN (2010: 779-851).

⁹ La única excepción que conozco es la traducción que del libro de Christopher EDLEY Jr. *Administrative law, rethinking judicial control of bureaucracy* publicara el Instituto Nacional de Administración Pública en 1994, bajo el título *Derecho Administrativo: reconcebir el control de la Administración pública*. Cuando hace un par de años mostré mi interés por hacerme con un ejemplar, desde el Instituto se me informó, con una corrección exquisita, por cierto, que el libro estaba descatálogoado y no quedaban ejemplares del mismo.

¹⁰ LAVILLA RUBIRA (1991) y MORENO MOLINA (1995); aunque el primero, como su propio título indica, está más focalizado hacia aspectos procedimentales y el segundo a la descripción del entramado organizativo, ambos ofrecen sendas aproximaciones hacia el Derecho admi-

tividad administrativa en particular (los no menos clásicos debidos a Montserrat CUCHILLO FOIX¹¹ y a Julio GONZÁLEZ GARCÍA¹², o la brevísima síntesis de María Dolores REGO BLANCO¹³), dichas obras a fecha de hoy se encuentran totalmente agotadas y su adquisición por el lector interesado es prácticamente imposible¹⁴. Es, sin embargo, de más fácil acceso el estudio, debido al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Una reflexión complementaria: sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo», que dicho autor publicó como parte de su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*¹⁵, obra esta última que en los últimos años ha tenido varias reediciones; en dicho trabajo el profesor ENTERRÍA se hacía eco de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo, consagrada en la sentencia *Chevron*, resolución judicial a la que el ilustre administrativista español sometía a

nistrativo en general para que el lector español pueda ubicarse y tener una idea general del ordenamiento administrativo norteamericano.

¹¹ CUCHILLO FOIX (1996). Esta obra fue objeto de una reseña de la profesora María Ángeles AHUMADA RUIZ, publicada en las págs. 261-265 del núm. 50 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

¹² GONZÁLEZ GARCÍA (1996).

¹³ REGO BLANCO (1993).

¹⁴ Sirva como ejemplo el hecho de que quien esto suscribe no ha tenido el más mínimo problema en hacerse, a través de Internet, con obras y manuales de Derecho norteamericano (algunos incluso de principios de la década de los noventa) editados en Estados Unidos; pero por más que lo ha intentado ha sido incapaz de hacerse con las obras de CUCHILLO FOIX y GONZÁLEZ GARCÍA, no ya en la propia editorial (en el caso de la obra de CUCHILLO FOIX se me confirmó de manera expresa que el libro no sólo estaba agotado, sino descatalogado, con las consecuencias que de ello se derivaban), sino incluso en librerías de antiguo y especializadas en la venta de libros descatalogados. Sólo por un auténtico milagro pudo el redactor de estas líneas, hace ya casi cuatro años, encontrar un ejemplar del estudio debido a LAVILLA RUBIRA.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (2000: esp. 198-203). Lo único que afea mínimamente este importantísimo trabajo es la, a mi juicio, distorsionada imagen que el autor transmite, tanto a nivel personal como profesional, de William Rehnquist y de la cual el lector no familiarizado con la figura de quien fuera *chief justice* puede llegar a hacerse una impresión equivocada. Rehnquist no era un extremista, sino un conservador, y su eficazísima gestión al frente del Tribunal Supremo (teniendo en cuenta la deficiente gestión de su predecesor, Warren Burger) la reconocieron incluso magistrados sitos en el ala liberal del Tribunal Supremo, como John Paul Stevens, Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer. Uno de los más emotivos recuerdos hacia William Rehnquist, como persona y como juez, se debe precisamente a Ruth Bader Ginsburg, en concreto nos referimos al publicado en octubre de 2005 en la *Harvard Law Review* con motivo del óbito del *chief justice*. Véase la obra de HUDSON (2007), en cuya pág. 146 se contienen varios de los elogios que recibiera Rehnquist, destacando el que hizo quien en vida fue uno de sus más enconados adversarios, el senador Edward Kennedy: «*Chief Justice Rehnquist served this country with the greatest distinction, and I respect his leadership of the federal judiciary and his strong commitment to the integrity and Independence of the courts*» (la negrita es nuestra). De su categoría humana no dudó ni tan siquiera Bernard Schwartz, fuente de la que bebe el profesor ENTERRÍA, quien en varios de sus libros (como, por ejemplo, su *History of the Supreme Court* o *The unpublished opinions of the Rehnquist Court*) reconoce que lo que caracterizaba a William Rehnquist era tanto su conservadurismo como su buen carácter y exquisito trato hacia sus compañeros (además de su inextinguible sentido del humor, que no le abandonó ni tan siquiera a las puertas de la muerte), siendo de destacar que incluso sus adversarios ideológicos, como William Brennan, tenían una excelente relación de amistad con él. La referencia que en una nota al pie en su trabajo hace el profesor ENTERRÍA acerca de que Rehnquist tenía problemas de salud mental, amén de ser inexacta, creo que está totalmente fuera de lugar.

una durísima crítica tributaria de la que en su día hiciera Bernard SCHWARTZ, de cuya obra fundamental el propio GARCÍA DE ENTERRÍA se había hecho eco en un ya clásico trabajo publicado a finales de los setenta en esta REVISTA¹⁶.

Este breve artículo pretende ofrecer al lector una visión general de la doctrina judicial contenida en la sentencia *Chevron* relativa a la posición de los tribunales cuando se enfrentan a la interpretación que las agencias administrativas realizan de textos normativos, así como su posterior devenir jurisprudencial y las rectificaciones y matizaciones de que fue objeto la doctrina inicial por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA HASTA LA SENTENCIA *CHEVRON*

Al iniciar su apasionante estudio sobre los orígenes del Derecho administrativo norteamericano en el periodo de la Administración federalista, Jerry L. MASHAW sostiene que una de las grandes equivocaciones a la hora de afrontar el estudio del Derecho administrativo norteamericano es, precisamente, centrarlo o limitarlo al control judicial de la actividad administrativa, de tal manera que lo único importante para la comprensión de la disciplina sea el análisis de las resoluciones judiciales¹⁷. En efecto, ha de tenerse en cuenta que en Norteamérica el control sobre la actividad de los entes administrativos no se encuentra limitado exclusivamente a las acciones judiciales interpuestas por los directamente afectados por una actuación administrativa, sino que también existe un control por los órganos políticos, es decir, por el Congreso y el presidente¹⁸. Sin embargo, desde la perspectiva del ciudadano es precisamente el control judicial el remedio más eficaz frente a una actuación administrativa que incida directamente en su esfera personal o patrimonial vulnerando sus derechos.

Partamos de una breve referencia a la configuración legal del sistema administrativo norteamericano. La Constitución federal no contiene precepto alguno que establezca o consagre la existencia de una Administración federal, limitándose a indicar en su artículo III que el poder ejecutivo se deposita en el presidente; es más, los únicos órganos ejecutivos que regula el texto constitucional son el presidente y el vicepresidente, siendo la única misión

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (1978). En la tercera edición del por muchas razones indispensable *Administrative law*, el profesor SCHWARTZ incluía ya su valoración y crítica a la doctrina *Chevron*. SCHWARTZ (1991: 701-713).

¹⁷ MASHAW (2006: 1258). La consecuencia, según dicho autor, sería que desde tal perspectiva «*administrative law disappears into common law subjects like torts, contracts, property, and civil procedure or into constitutional law*».

¹⁸ «*The accountability system for administrative officials spans three domains: political accountability to elected officials, legal accountability to affected interests via judicial remedies, and administrative or managerial accountability to administrative superiors*» (MASHAW, 2006: 1263). El tema de la relación entre las agencias administrativas y las ramas políticas del poder ha sido abordado en nuestro país por MORENO MOLINA (1995: 189-256).

atribuida a este último el ostentar la presidencia del Senado¹⁹. La creación de los órganos administrativos (incluyendo en ellos los distintos departamentos o secretarías), su organización, funciones y potestades dependían y dependen, pues, enteramente del legislativo²⁰. Como ya hemos indicado, y sin perjuicio de rastrear antecedentes durante el primer siglo de existencia de la nación norteamericana, el modelo o sistema de Derecho administrativo estadounidense se basa en la creación por ley de agencias administrativas a las que se encomienda la gestión de un área determinada de actuación, para lo cual se les dota de atribuciones o potestades calificadas por la doctrina jurídica estadounidense de cuasi-legislativas y cuasi-judiciales²¹. En su actuar, las agencias administrativas pueden básicamente a través de dos tipos de procedimientos, el de *adjudication* y el de *rulemaking*, siendo esta distinción básica en el Derecho administrativo norteamericano y que fue consagrada a nivel legislativo en la *Administrative Procedure Act* de 1946; así, el *rulemaking* es el procedimiento utilizado por las agencias cuando elaboran, modifican o derogan una *rule* o norma con fuerza de ley, mientras que con la *adjudication* se está haciendo referencia al procedimiento administrativo cuyo acto final es una *order* o acto administrativo²². Ahora bien, a la hora de desarrollar su actuación en orden a lograr los fines que a la agencia encomienda su estatuto de creación, aquélla habrá necesariamente de interpretar y aplicar dicho instrumento legislativo²³, por lo que cuando un tribunal afronta un asunto en el que se cuestiona la legalidad de una determinada actuación administrativa, hemos de preguntarnos hasta qué punto debe respetar u otorgar deferencia al criterio esgrimido por la agencia administrativa cuya actuación se somete a enjuiciamiento²⁴.

En contra de la creencia habitual en el sentido de que durante el primer siglo de existencia de los Estados Unidos el papel de la Administración se limitó a la mera ejecución o aplicación automática de leyes virtualmente autoejecutivas, lo cierto es que ya desde los primeros años de existencia de la República el legislador otorgó a los funcionarios un haz de potestades equivalentes a la moderna actividad de *adjudication* y *rulemaking*, dejando incluso un campo abierto para que la Administración supliera con su labor in-

¹⁹ La escasa relevancia que tenía la segunda magistratura fue puesta de manifiesto por John Adams, primer vicepresidente de los Estados Unidos, que era continuamente excluido de las reuniones del gabinete presidido por George Washington. Adams se lamentaba amargamente en una carta fechada el día 19 de diciembre de 1793 y dirigida a su esposa, Abigail, que la vicepresidencia era «*the most insignificant office that ever the invention of man contrived or his imagination conceived*».

²⁰ MASHAW (2006: 1270-1304).

²¹ SCHWARTZ (1991: 10-11). Una aproximación al tema de las agencias administrativas y la ley de creación, en MORENO MOLINA (1995: 30-43).

²² SCHWARTZ (1991: 9-10) y BREYER (2006: 652 ss.). En nuestro país, la distinción entre *adjudication* y *rulemaking* se expone magistralmente en LAVILLA RUBIRA (1991: 39-43).

²³ «*When Congress grants power to an agency to act in a particular area, it couples that grant of power with statutory limits on the circumstances in which the agency is empowered to act and the type of action the agency is permitted to take. Thus, any agency action must be premised on one or more legal conclusions—most frequently agency interpretation of statutes*» (PIERCE, 2009: 126-127).

²⁴ BREYER (2002: 227).

terpretativa las lagunas existentes en los textos legales²⁵, hecho éste facilitado por la circunstancia de que la actividad administrativa estaba exenta de un control judicial²⁶, que se encontraba virtualmente limitado a tres vías: la del *writs of mandamus* para que se ordenase a un empleado público cesar en una determinada actuación, la acción judicial impugnando la constitucionalidad de la ley aplicable y las simples acciones de responsabilidad civil frente al empleado público, quien únicamente podría esgrimir como causa exculpatoria que su interpretación y aplicación de la normativa legal había sido correcta, por lo que, en caso de ser condenado por los tribunales, lo normal era que solicitase de las autoridades el reembolso de las cantidades a las que hubiera sido condenado por sentencia²⁷. Ésta era, en líneas generales, la situación existente antes de la guerra de secesión.

Mas en el periodo que sigue al final de la contienda bélica, es decir, el periodo conocido en la historiografía norteamericana como «la reconstrucción», tuvo lugar una implosión del poder federal y la creación de nuevos entes administrativos en su actual configuración, marcando, pues, la transición hacia el *Administrative state*, caracterizado ya por la existencia de modernas agencias administrativas dotadas de potestades de *adjudication* y *rulemaking* y regidas por una ley de creación en la cual se determinaba, entre otras muchas cosas, la extensión de las facultades de revisión judicial.

Siguiendo el desarrollo que de este asunto realizan PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL en la última edición de su excelente manual de Derecho administrativo²⁸, con anterioridad a 1984 existían dos líneas jurisprudenciales diferentes simbolizadas en dos casos separados por treinta años de diferencia. Los casos en cuestión son el *National Labor Relations Board v. Hearst Publications*²⁹ (si bien este asunto no era más que una aplicación de la doctrina consagrada en el caso *Gray v. Powell*³⁰, resuelto tan sólo tres años antes) y el *National Labor Relations Board v. Bell Aerospace*³¹. Entre ambos asuntos tuvo lugar, en 1946, un hecho trascendental para el Derecho administrativo norteamericano, cual fue la aprobación de la *Administrative Procedure Act*. Examinemos cronológicamente tal devenir jurídico-legislativo.

²⁵ «Long before the establishment of the Interstate Commerce Commission in 1887 —by scholarly convention, the moment when, like Athena, administrative agencies first sprang to life fully formed— Congress delegated broad authority to administrators, equipped them with extrajudicial coercitive powers, created systems of administrative adjudication and provided administrators with extensive rulemaking authority [...] Congress left much space for agencies to write in the margins of laws and fill statutory gaps» (MASHAW, 2009: 9-10).

²⁶ MASHAW (2009: 10). En realidad, como el propio autor indica algo más adelante, la revisión del desarrollo administrativo de los textos legales la realizaba en este periodo inicial el Congreso («Congress, by contrast, often reviewed administrative implementing decisions. Although it is highly uncommon today, in antebellum America thousands of administrative adjudications were, at least formally, finally determined by Congress», pág. 13).

²⁷ MASHAW (2009: p. 18).

²⁸ PIERCE (2009: 397-407).

²⁹ 322 U.S. 111 (1944).

³⁰ 314 U.S. 402 (1941).

³¹ 416 U.S. 267 (1974).

El 1 de diciembre de 1941 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos da a luz su sentencia *Gray v. Powell*. La cuestión jurídica planteada en tal caso radicaba en verificar si una operación concreta podía calificarse de autoconsumo de carbón a efectos de la aplicación o no de la *Bituminous Coal Act*; la agencia administrativa competente (*Bituminous Coal Division*) rechazó la pretensión de la compañía ferroviaria solicitante, aunque tal actuación fue anulada por el Tribunal de Apelaciones. El Tribunal Supremo, en una sentencia elaborada por el juez Reed, revocó a su vez la sentencia del Tribunal de Apelaciones confirmando la interpretación de la agencia, siendo de destacar el motivo por el cual avala el criterio esgrimido por el órgano administrativo: cuando el Congreso encomienda una determinada materia a un órgano administrativo, la actuación de los tribunales queda limitada a verificar si la actuación de la agencia se ha llevado a cabo de una manera razonable³² (es decir, el *reasonableness test*, según el cual debe aceptarse la interpretación que las agencias administrativas realicen de los textos legales cuya aplicación se les encomienda siempre que la misma sea razonable, aunque el tribunal discrepe de dicho criterio por entender que cabe otra interpretación distinta³³). Tal doctrina fue aplicada nuevamente tres años más tarde en el asunto *National Labor Relations Board v. Hearst Publications*, resuelto por sentencia hecha pública el día 24 de abril de 1944 y que tenía su origen en una disputa de carácter laboral que afectaba a cuatro importantes periódicos de la ciudad de Los Ángeles, quienes rechazaron entablar un proceso de negociación colectiva con un sindicato representante de los *newsboys* (chicos encargados de la venta de los diarios en la calle) sobre la base de que tales vendedores no eran empleados de las compañías propietarias de los periódicos; la cuestión jurídica se centraba, pues, en la extensión o alcance que debía otorgarse al término *employee*. El órgano administrativo en cuestión encargado de aplicar la normativa laboral (el *National Labor Relations Board*) interpretó que los chicos encargados de la venta de periódicos estaban incluidos dentro del término y, por tanto, era procedente su reclamación en cuanto a la necesidad de iniciar un procedimiento de negociación colectiva; sin embargo, el Tribunal de Apelaciones rechazó dicha tesis y, aplicando criterios estrictos

³² «*In a matter left specifically by Congress to the determination of an administrative body, as the question of exemption was here by Sections 4, part II(l) and 4-A, the function of review placed upon the courts by Section 6(b) is fully performed when they determine that there has been a fair hearing, with notice and an opportunity to present the circumstances and arguments to the decisive body, and an application of the statute in a just and reasoned manner. Shields v. Utah Idaho R. Co., 305 U.S. 177, 305 U.S. 180-181, 305 U.S. 184-185, 305 U.S. 187. Such a determination as is here involved belongs to the usual administrative routine. Congress, which could have legislated specifically as to the individual exemptions from the code, found it more efficient to delegate that function to those whose experience in a particular field gave promise of a better informed, more equitable, adjustment of the conflicting interests of price stabilization, upon the one hand, and producer consumption, upon the other. By thus committing the execution of its policies to the specialized personnel of the Bituminous Coal Division, the Congress followed a familiar practice. Of course, there is no difference between the skill of employees in a division of a department and those in a board, commission, or administration. Where, as here, a determination has been left to an administrative body, this delegation will be respected, and the administrative conclusion left untouched.*».

³³ Véase al respecto SCHWARTZ (1991: 696-698).

tamente precedentes del *common law*, llegó a la conclusión diametralmente opuesta, léase, que los *newsboys* no tenían la consideración de trabajadores, sino de contratistas independientes. El Tribunal Supremo, en una sentencia elaborada por el juez Rutledge, casa la resolución del Tribunal de Apelaciones y da la razón a la agencia administrativa. Tras un largo *excursus* sobre la distinción jurídica entre trabajador y contratista independiente y el carácter de la legislación aplicable, el Tribunal basa su decisión en dos puntos fundamentales a la hora de avalar la interpretación que del concepto «trabajador» había realizado en este caso el órgano administrativo: en primer lugar, la experiencia que la agencia ha desarrollado a la hora de ejecutar las previsiones normativas y, en segundo lugar, y lo más importante, que en estos supuestos, pese a reconocer que es competencia de los tribunales la tarea de interpretación legal, la función de los tribunales es limitada, debiendo otorgar cierta prioridad a la interpretación que de la ley realizan los órganos administrativos encargados de ejecutarla³⁴.

Sin embargo, pocos meses más tarde, en ese mismo año 1944, un nuevo caso dio la oportunidad al Tribunal Supremo para establecer unas indicaciones que pudiesen servir de guía o instrumento para verificar en qué casos podía calificarse una interpretación administrativa como «razonable». El asunto en cuestión fue *Skidmore v. Swift & Co.*³⁵, que resolvía la petición de un grupo de trabajadores de una planta de almacenado en reclamación de abono de horas extras, daños y costas en aplicación de la normativa laboral vigente, la *Fair Labor Standards Act*. La sentencia, elaborada por el juez Robert H. Jackson, deja bien claro, al igual que se hizo en el caso *NLRB v. Hearst*, que es facultad exclusiva de los tribunales, y no de la Administración, verificar si un determinado supuesto encaja o no dentro de las previsiones de la ley, puesto que así lo ha querido el legislador³⁶; ahora bien, tal conclusión debe matizarse en el sentido de que a la hora de desarrollar su actividad y ejecutar las competencias que les han sido atribuidas, las organizaciones administrativas han desarrollado un considerable grado de experiencia que lógicamente los tribunales han de tener en cuenta, pero el núcleo de la cuestión es hasta qué punto debe llegar o qué alcance debe otorgarse a la deferencia de los tribunales, cuestión que el legislador no había procedido a regular³⁷. La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que para admitir como válida la labor interpretativa de los órganos administrativos han

³⁴ «Undoubtedly, questions of statutory interpretation, especially when arising in the first instance in judicial proceedings, are for the courts to resolve, giving appropriate weight to the judgment of those whose special duty is to administer the questioned statute [...] But where the question is one of specific application of a broad statutory term in a proceeding in which the agency administering the statute must determine it initially, the reviewing court's function is limited».

³⁵ 323 U.S. 134 (1944).

³⁶ «Congress did not utilize the services of an administrative agency to find facts and to determine in the first instance whether particular cases fall within or without the Act. Instead, it put this responsibility on the courts».

³⁷ «There is no statutory provision as to what, if any, deference courts should pay to the Administrator's conclusions. And, while we have given them notice, we have had no occasion to try to prescribe their influence».

de tenerse en cuenta básicamente cuatro aspectos o criterios: la minuciosidad de la investigación realizada por la agencia, la validez de su razonamiento, la consistencia del mismo a lo largo del tiempo y, por último, otros razonamientos o criterios de la agencia que puedan tener «poder de persuasión» sobre los tribunales³⁸.

Es en este contexto cuando en 1946, tras un larguísimo periodo de elaboración, se aprueba la *Administrative Procedure Act*³⁹, que atribuyó el conocimiento de este tipo de asuntos a los tribunales. En efecto, la Sección 706 de dicho texto legal, cuya rúbrica lleva precisamente como título *scope of review*, establecía sin el menor atisbo de duda que el tribunal encargado de enjuiciar la legalidad de la actuación administrativa resolvería todas las cuestiones jurídicas, encargándose de interpretar tanto los preceptos constitucionales como legales de aplicación al caso⁴⁰. La tramitación legislativa no ofrecía lugar a dudas en el sentido de que la intención última de la ley era depositar la interpretación de los textos legales en los tribunales y no en las agencias. Sin embargo, y pese a algunos pronunciamientos acordes con la nueva regulación legal, el Tribunal Supremo optó en otros supuestos por aceptar los criterios interpretativos de la agencia si éstos eran «razonables». Así, por ejemplo, en *Federal Election Campaign v. Democratic Senatorial Campaign Committee* el Tribunal Supremo, por unanimidad de sus integrantes, sostuvo que la labor de los tribunales no consistía en interpretar el texto legal, sino en verificar si la interpretación realizada por la agencia administrativa en cuestión era lo suficientemente razonable para ser aceptada por el tribunal revisor⁴¹. La consecuencia es que si bien en algunos casos se reconocía que debía otorgarse cierta prioridad a la interpretación que del texto legal realizasen las agencias, en otros supuestos se entendía que tal facultad corres-

³⁸ «We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control».

³⁹ La importancia de este texto normativo era tal que en el primer número de esta REVISTA se hizo una introducción a la misma en el trabajo de José Luis VILLAR PALASÍ, «La "Federal Administrative Procedure Act" de Estados Unidos», publicada en las págs. 277 a 296.

⁴⁰ El precepto legal citado de la *Administrative Procedure Act* establece textualmente: «To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action».

⁴¹ 454 U.S. 27 (1981): «Hence, in determining whether the Commission's action was "contrary to law", the task for the Court of Appeals was not to interpret the statute as it thought best, but rather the narrower inquiry into whether the Commission's construction was "sufficiently reasonable" to be accepted by a reviewing court. *Train v. Natural Resources Defense Council*, 421 U.S. 60, 421 U.S. 75 (1975); *Zenith Radio Corp. v. United States*, 437 U.S. 443, 437 U.S. 450 (1978). To satisfy this standard, it is not necessary for a court to find that the agency's construction was the only reasonable one, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding. *Ibid.*; *Udall v. Tallman*, 380 U.S. at 380 U.S. 16; *Unemployment Compensation Comm'n v. Aragon*, 329 U.S. 143, 329 U.S. 153 (1946). Under this standard, we think the District Court was correct in accepting the Commission's judgment».

pondría en exclusiva al poder judicial, sin que existiese criterio alguno que permitiese dilucidar cuándo el Tribunal Supremo se inclinaba por un criterio u otro⁴².

En este panorama de confusión entre, por un lado, el texto legal de la *Administrative Procedure Act* y, por otro, la contradictoria jurisprudencia sobre la extensión del control judicial de la actividad administrativa se llega al año 1984, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se enfrenta al asunto *Chevron v. Natural Resources Defense Council*⁴³, cuyos *oral argument* tuvieron lugar el día 29 de febrero de 1984, siendo resuelto el asunto por sentencia publicada el día 25 de junio de dicho año. Desde ese momento, la sentencia *Chevron* pasó a convertirse en la resolución más estudiada, analizada y citada tanto por la doctrina jurídica como por la jurisprudencia norteamericanas, llegando a ser el caso más invocado en los tribunales, hasta el punto de que, como indica un reputadísimo tratado sobre Derecho administrativo norteamericano elaborado por un especialista en la materia y actualmente magistrado del Tribunal Supremo: «*In a remarkably short period, Chevron has become one of the most cited cases in all of American law. Indeed, it may have become the most frequently cited case of all time. As of December 2001, Chevron had been cited in federal courts over 7000 times —far more than three far better known and much older cases Brown v. Board of Education, Roe v. Wade and Marbury v. Madison— and indeed far more often than the three of them combined! In terms of sheer number of citations, Chevron may well qualify as the most influential case in the history of American public law*»⁴⁴.

La sentencia *Chevron*, elaborada por John Paul Stevens⁴⁵ y que contó con el voto unánime del Tribunal al obtener el apoyo de otros cinco magistrados⁴⁶, se enfrentaba al problema de si la interpretación que la agencia administrativa había realizado de un determinado concepto jurídico (en concreto, el término *stationary source*, introducido por la reforma operada en la *Clean Air Act* en el año 1977) era o no razonable. El Tribunal de Apelaciones

⁴² «*The Court allowed these two inconsistent lines of cases to exist for forty years without making any attempt to reconcile or distinguish the two. In any case that raised an issue concerning the construction of an agency-administered statute, the Court simply applied one line of cases and ignored the opposite line of cases, alternating between the two with no apparent basis for its choice in each case*» (PIERCE, 2009: 398). «*Some decisions indicated that courts should defer to agency interpretations, while others indicated the opposite*» (BEERMANN, 2010: 791).

⁴³ 467 U.S. 837 (1984). La sentencia se transcribe en BREYER (2002: 284-289) y MASHAW (2003: 795-800). Un resumen completo del caso y sus avatares puede encontrarse en la excelente página web www.oyez.org, concretamente en el enlace http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1005.

⁴⁴ BREYER (2002: 289-290).

⁴⁵ Sobre los fundamentos doctrinales de John Paul Stevens en esta materia puede consultarse el reciente artículo, debido a Kathryn A. WATTS, «From Chevron to Massachusetts: Justice Stevens approach to securing the public interest», *University of California Davis Law Review*, vol. 43, págs. 1021-1062.

⁴⁶ John Paul Stevens contó con los votos del *chief justice*, Warren Burger, y con los de los magistrados William Brennan, Byron White, Harry Blackmun y Lewis Powell. Thurgood Marshall, William Rehnquist y Sandra Day O'Connor no participaron en el asunto. De todos los magistrados que en ese momento integraban el Tribunal Supremo, únicamente dos (White y Marshall) habían sido propuestos por mandatarios demócratas.

del Distrito de Columbia había rechazado las pretensiones de la agencia, pretensiones que sin embargo el Tribunal Supremo acoge enmendando la plana al órgano judicial inferior; en términos ciertamente duros⁴⁷. La tesis o doctrina que establece el Tribunal Supremo a la hora de enfrentarse a la revisión judicial de la interpretación que la agencia administrativa hace del estatuto que la rige parte de establecer dos pasos o criterios sucesivos, lo que en la doctrina jurídica se conocerá a partir de entonces como el *two step system*: el primero, determinar si el Congreso ha establecido una previsión normativa expresa que rijan el asunto concreto, dado que si la intención del legislativo es clara, tanto la agencia como los tribunales han de estar a lo que el legislador haya dispuesto; únicamente cuando no haya una previsión legislativa expresa o la misma sea de interpretación dudosa pueden los tribunales intervenir, pero sin que ello suponga imponer su propia interpretación o criterio, sino que la revisión judicial debe circunscribirse a determinar si la posición de la agencia a la hora de interpretar el texto legal es permisible o acorde con el mismo y, en caso de que tal interpretación administrativa no sea arbitraria o manifiestamente contraria al texto legal, los tribunales deben otorgar deferencia a la misma, sin que quepa en modo alguno al tribunal sustituir la misma con criterios o construcciones propios⁴⁸. ¿Cuáles son los argumentos, motivos o razones que ofrece el Tribunal Supremo a la hora de articular esta doctrina de la deferencia judicial hacia la interpretación de textos legales realizada por agencias administrativas? Pues fundamentalmente dos. El primero, quizá el más novedoso, que toda interpretación y aplicación del estatuto regulador conlleva de manera necesaria un cierto grado de componente político (y, por tanto, a resolver por las ramas políticas, estando tal materia vedada a la judicatura⁴⁹, a lo que se uniría el hecho de que ese componente político debe ser objeto de control por las ramas políticas y no por una judicatura independiente y ajena al juego político⁵⁰), de tal manera que las agencias vendrían a cubrir con su actividad una laguna, por cuanto que la inten-

⁴⁷ «*In light of these well-settled principles it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue.*».

⁴⁸ «*When a Court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute [...] In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.*».

⁴⁹ «*... an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices [...] The responsibilities for assessing the wisdom of such policy choices and resolving the struggle between competing views of the public interest are not judicial ones.*».

⁵⁰ «*Agency legal interpretations will be subject to political oversight and thus are accountable to presidential politics, as well as congressional oversight*» (ROSSI, 2001: 1115).

ción del legislador, *explícita o implícita*, es la de delegar en las agencias dicha tarea interpretativa⁵¹. El segundo motivo es algo más tradicional, dado que se basa en razones estrictamente técnicas: las agencias administrativas poseen mayores técnicos y expertos en la materia que les es propia, algo de lo que carecen los jueces⁵²; no en vano éste ha sido, junto con el elevado número de asuntos que han de conocer los juzgados y tribunales, el motivo tradicionalmente esgrimido para restringir el ámbito del control judicial de la Administración⁵³.

El caso *Chevron* tenía una peculiaridad que le diferenciaba del caso *Gray v. Powell*, y es que si éste abordaba una actuación de la agencia en el ejercicio de las funciones de *adjudication*, por el contrario, aquél enjuiciaba una actuación administrativa englobada dentro del *rulemaking* y, por ello, en puridad debía aplicarse sólo a ese tipo de actuaciones administrativas. Sin embargo, la doctrina de la deferencia judicial se extendió igualmente a toda la actividad administrativa relacionada con la interpretación de textos legales, ya se realizase ésta dentro de un procedimiento de *adjudication* o de *rulemaking*⁵⁴. No obstante, pese a la aparente claridad de la doctrina reflejada en la sentencia *Chevron*, se plantearon varios interrogantes respecto de la misma. Por ejemplo, si tal criterio era de aplicación a cuestiones jurídicas que supusiesen una ampliación de las competencias administrativas de la agencia, asunto éste en el que ni los jueces del Tribunal Supremo ni la doctrina jurídica lograron ponerse de acuerdo⁵⁵. Una segunda cuestión que permanecía en el aire era determinar si la deferencia judicial hacia la interpretación administrativa era aplicable con carácter general o si, por el contrario, existían determinadas actuaciones de las agencias que no podrían acogerse a la doctrina *Chevron*. Otro asunto irresuelto radicaba en determinar si, existiendo una previa interpretación judicial del texto normativo, éste debía ser vinculante

⁵¹ «If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit».

⁵² «The regulatory scheme is technical and complex [...] judges are not expert in the field». Como indica en este sentido Jim ROSSI: «An appreciation of agency expertise, the limits of the specialized knowledge of judges, and political accountability are at the normative core of Justice Stevens's rationale for deference to the agency in *Chevron*» (ROSSI, 2001: 1114).

⁵³ «Two overriding considerations have combined to narrow the scope of review. The first is that of deference to the administrative expert [...] The second consideration leading to narrow review is that of calendar pressure» (SCHWARTZ, 1991: 624-625).

⁵⁴ SCHWARTZ (1991: 703) y ROSSI (2001: 1116).

⁵⁵ Cuando hacen referencia a este problema, tras hacerse eco en una nota al pie de la discrepancia que sobre este asunto tenían los jueces Scalia y Brennan hecha pública en el caso *Mississippi Power & Light Co. v. Mississippi* (487 U.S. 354 [1988]), PIERCE, SHAPIRO y VERKUIL indican sobre este particular que: «The conceptual problem of whether jurisdictional matters can be effectively isolated from nonjurisdictional ones is a challenging one that even divides the authors of this treatise» (PIERCE, 2009: 403). «The Court has not yet squarely addressed whether *Chevron* deference is owed to agency interpretations of statutory provisions that describe and define the boundaries of agency authority» (MASHAW, 2003: 817-818). Sobre este tema puede consultarse Timothy K. AMSTRONG, «*Chevron* deference and agency self interest», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, 2003, págs. 203-287.

para la agencia o ésta, por el contrario, podría separarse de la misma. Y, por último, si las agencias independientes gozan también de la *Chevron deference*, tema éste escasamente desarrollado en la literatura jurídica⁵⁶. Los problemas ocasionados por la celeberrima sentencia no habían hecho más que empezar.

III. LA «RETIRADA» DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA HACIA EL EJECUTIVO TRAS EL CASO *CHEVRON*: LOS CASOS *CHRISTENSEN* Y *MEAD*

1. *Christensen v. Harris County*

Ya con anterioridad a 1999 habían tenido lugar varios pronunciamientos que habían rehusado extender la deferencia *Chevron* a varias actuaciones de las agencias administrativas, pero sin ofrecer un marco jurídico claro y coherente que indicase en qué supuestos tal criterio deferencial debía excluirse⁵⁷. Sin embargo, a partir de 1999 tiene lugar una expresa «retirada» en la aplicación del criterio *Chevron*⁵⁸. La primera ocasión en que se produce una matización o aclaración jurisprudencial sobre esta materia tuvo lugar en el año 2000, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió el asunto *Christensen v. Harris County*⁵⁹. En dicha sentencia el Tribunal Supremo se enfrentaba a una controversia laboral relacionada con el modo de compensación de las horas extras realizadas por trabajadores, y en la que el empresario había realizado una consulta por escrito al órgano administrativo competente en la materia (en concreto, el *United States Department of Labor's Wage and Hour Division*), quien procedió a responder por escrito al asunto que se le sometía a consideración. En su sentencia, el Tribunal Supremo rechazó de manera expresa que en el asunto concreto enjuiciado fuese aplicable la doctrina de la deferencia judicial contenida en el caso *Chevron*, dado que no estábamos ante una actuación de la agencia que gozase de fuerza de ley⁶⁰; la actividad administrativa ordinaria quedaba exenta de la defe-

⁵⁶ «Surprisingly, although the rationale articulated in *Chevron* supporting the deference doctrine might suggest that independent agencies should receive less deference, the question has not been examined in the courts and has received very little attention in the academic literature» (MAY, 2006: 432). La distinción entre agencias ejecutivas y agencias independientes puede encontrarse en MORENO MOLINA (1995).

⁵⁷ Rossi (2001: 1118).

⁵⁸ Rossi (2001: 1112).

⁵⁹ 529 U.S. 576 (2000). Un resumen completo del caso y sus avatares, en http://www.oyez.org/cases/1990-1999/1999/1999_98_1167. La sentencia fue redactada por Clarence Thomas y obtuvo el apoyo del *chief justice*, William Rehnquist, y de los jueces O'Connor, Scalia, Kennedy y Souter. Antonin Scalia redactó un voto particular concurriendo en el resultado, mientras que John Paul Stevens y Stephen Breyer formularon sendos votos particulares.

⁶⁰ En realidad, existe un segundo motivo por el que el Tribunal Supremo rechaza aplicar la doctrina *Chevron* en este asunto: el procedimiento administrativo utilizado por la agencia en el caso concreto carecía de los requisitos formales y de publicidad que caracterizan aquellos procedimientos (*adjudication* y *rulemaking*) donde el resultado es una actuación que goza de fuerza de ley.

rencia *Chevron*, siéndole aplicable sin embargo el criterio, algo más restrictivo, del caso *Skidmore*⁶¹. Sin embargo, el criterio jurisprudencial mayoritario contenido en la sentencia *Christensen* recibió una sonora crítica en el seno del propio Tribunal Supremo, en concreto en el voto particular de Antonin Scalia, parcialmente rebatido por otro voto particular de Stephen Breyer. Ambos magistrados, especialistas en Derecho administrativo, eran los representantes en el Alto Tribunal de las dos escuelas con criterios dispares a la hora de enfrentarse a la interpretación de normas, la originalista y la activista; ambos habían expuesto sus puntos de vista en interesantísimas obras e incluso comparecieron juntos en público para contrastar amistosamente sus respectivas opiniones⁶². Pues bien, en su voto particular, Antonin Scalia rechazó abierta y tajantemente el razonamiento o tesis central de la sentencia, argumentando que el Tribunal debiera haber aplicado los criterios o estándares contenidos en el caso *Chevron*, que serían aplicables a cualquier actuación administrativa que implicase una toma de posición en el asunto; a mayor abundamiento, Scalia califica expresamente la doctrina *Skidmore* de «anacronismo» propio de una época a la que la sentencia *Chevron* había puesto fin⁶³. Es a esta última parte del voto particular de Scalia frente a la que se alza el de Stephen Breyer, quien, pese a coincidir con su oponente ideológico en cuanto a que debieran haberse aplicado los criterios de *Chevron* en este caso, discrepa en cuanto a que *Skidmore* sea un anacronismo y se opone a la

⁶¹ «Here, however, we confront an interpretation contained in an opinion letter, not one arrived at after, for example, a formal adjudication or notice-and-comment rulemaking. Interpretations such as those in opinion letters—like interpretations contained in policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law—do not warrant Chevron-style deference [...] Instead, interpretations contained in formats such as opinion letters are “entitled to respect” under our decision in *Skidmore v. Swift & Co.*, but only to the extent that those interpretations have the “power to persuade”». Un análisis muy crítico de la sentencia *Christensen* y su relación con los casos *Skidmore* y *Chevron*, en ROSSI (2001), para quien el Tribunal Supremo ha introducido una notable confusión en el ámbito de la revisión judicial al revitalizar la doctrina *Skidmore*.

⁶² Contrástense las visiones de Antonin SCALIA, *A matter of interpretation: federal courts and the law*, Princeton University Press, 1997, y la réplica oficiosa de Stephen BREYER, *Active liberty, Interpreting our democratic Constitution*, Alfred A. Knopf, 2005 así como en su reciente *Making our democracy work: a judge's view*, Alfred A. Knopf, 2010. La primera parte del encuentro que en público mantuvieron Breyer y Scalia para confrontar amigablemente sus puntos de vista puede verse en el enlace <http://www.youtube.com/watch?v=VXeUfVhDVUM> (consultado el día 10 de junio de 2010).

⁶³ «*Skidmore* deference to authoritative agency views is an anachronism, dating from an era in which we declined to give agency interpretations (including interpretive regulations, as opposed to “legislative rules”) authoritative effect. See *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 259 (1991) (SCALIA, J., concurring in part and concurring in judgment). This former judicial attitude accounts for that provision of the 1946 Administrative Procedure Act which exempted “interpretative rules” (since they would not be authoritative) from the notice-and-comment requirements applicable to rulemaking, see 5 U.S.C. § 553(b)(A). That era came to an end with our watershed decision in *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 844 (1984), which established the principle that “a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency” [...] Quite appropriately, therefore, we have accorded *Chevron* deference not only to agency regulations, but to authoritative agency positions set forth in a variety of other formats».

afirmación de que *Chevron* haya supuesto una mutación relevante en la doctrina jurídica, dado que dicha sentencia únicamente se centró o incidió en otros criterios para otorgar deferencia a la interpretación de las agencias administrativas, no obstante lo cual reconoce que aun mediando la doctrina *Chevron* existen supuestos en que tal deferencia no es aplicable⁶⁴.

Christensen, pues, revitalizaba los criterios defendidos sesenta años atrás por Robert Jackson en el caso *Skidmore*, que ciertamente suponía un grado de deferencia hacia la Administración bastante menor que en el asunto *Chevron*. Aun así, la sentencia no establecía el modo en que debían aplicarse los criterios sostenidos en la resolución judicial que el Tribunal Supremo acababa de devolver al mundo jurídico⁶⁵.

2. *United States v. Mead Corp.*

Tan sólo un año después del asunto *Christensen*, el día 1 de junio de 2001 el Tribunal Supremo publicaba su sentencia *United States v. Mead Corp.*⁶⁶. Los hechos determinantes partían de una controversia fiscal (en concreto, sobre el impuesto que grava las importaciones en aduanas) que afectaba a Mead

⁶⁴ «Justice Scalia may well be right that the position of the Department of Labor, set forth in both brief and letter, is an “authoritative” agency view that warrants deference under *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). *Ante*, at 590 (opinion concurring in part and concurring in judgment). But I do not object to the majority’s citing *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944), instead. And I do disagree with Justice Scalia’s statement that what he calls “*Skidmore* deference” is “an anachronism”. *Ante*, at 589. *Skidmore* made clear that courts may pay particular attention to the views of an expert agency where they represent “specialized experience”, 323 U.S., at 139, even if they do not constitute an exercise of delegated lawmaking authority. The Court held that the “rulings, interpretations and opinions of” an agency, “while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance”. *Id.*, at 140; see also *Martin v. Occupational Safety and Health Review Comm’n*, 499 U.S. 144, 157 (1991). As Justice Jackson wrote for the Court, those views may possess the “power to persuade”, even where they lack the “power to control”. *Skidmore*, *supra*, at 140. *Chevron* made no relevant change. It simply focused upon an additional, separate legal reason for deferring to certain agency determinations, namely, that Congress had delegated to the agency the legal authority to make those determinations. See *Chevron*, *supra*, at 843-844. And, to the extent there may be circumstances in which *Chevron-type*».

⁶⁵ «*Christensen* fails to resolve, however, how *Skidmore* deference will be applied. In fact, the majority and dissenting opinions in *Christensen* reflect three distinct positions: (1) that *Skidmore* deference applies only if a court, after rendering its own interpretation, still finds the agency’s interpretation persuasive; (2) that *Skidmore* is always a type of varying deference, the degree of which is based on institutional factors; or (3) that *Skidmore* operates under the shadow of a *Chevron* analysis» (Rossi, 2001: 1130). Según dicho autor, la primera de las interpretaciones, es decir, la mayoritaria, es contraria al *case law*, mientras que, paradójicamente, las que mejor se adecuan a los precedentes judiciales son las interpretaciones realizadas por los magistrados disidentes en sus votos particulares.

⁶⁶ 533 U.S. 218 (2001). La sentencia la transcriben íntegramente en sus manuales BREYER (2002: 307-318) y MASHAW (2003: 802-813). Una información completísima del caso y su desarrollo procesal puede encontrarse en http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2000/2000_99_1434. Un comentario crítico de la sentencia puede encontrarse en BRESSMAN (2005).

Corporation, empresa importadora de agendas y a la que se venía aplicando un determinado epígrafe de la tarifa arancelaria durante los años 1989-1993, pero que en este último año contempló cómo el organismo encargado de la aplicación del tributo alteró mediante una instrucción (una *ruling letter*) su criterio, pasando a incluir la importación de agendas en un epígrafe distinto. Mead impugnó tal proceder ante el Tribunal de Apelaciones, quien dio la razón a la entidad mercantil, negando la aplicación de la doctrina *Chevron* a una *ruling letter* dado que este tipo de instrumentos jurídicos carece de fuerza de ley. Así, el Tribunal Supremo aceptó conocer vía *writ of certiorari* el asunto a los efectos de determinar si la doctrina *Chevron* de la deferencia judicial es aplicable a la práctica administrativa a la hora de ejecutar una determinada legislación. El Tribunal, en una sentencia redactada por David Souter y que contó con el apoyo de siete de los magistrados, niega en el caso concreto que la doctrina *Chevron* sea aplicable al no existir indicios de que el Congreso tuviera la intención de atribuir a dicho instrumento la fuerza de ley⁶⁷; ahora bien, el hecho de que *Chevron* no sea aplicable no quiere decir que el actuar administrativo no sea acreedor a algún tipo de deferencia, y es precisamente por ello que la sentencia revoca la decisión del Tribunal de Apelaciones al entender que son aplicables los estándares del caso *Skidmore*⁶⁸, caso que, según el Tribunal Supremo, *Chevron* en modo alguno había derogado, razón por la cual deben continuar aplicándose ambos⁶⁹. Quizá lo más destacado de tal resolución judicial sea, como indica BEERMANN, el cuidado con el que David Souter procede a la hora de establecer los factores determinantes para la aplicación de la doctrina *Chevron*, pero sin inclinarse por ninguno de ellos como criterio decisivo⁷⁰. La sentencia contó, al igual que en el

⁶⁷ «On the face of the statute, to begin with, the terms of the congressional delegation give no indication that Congress meant to delegate authority to Customs to issue classification rulings with the force of law [...] In sum, classification rulings are best treated like "interpretations contained in policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines" —Christensen. They are beyond the Chevron pale».

⁶⁸ «To agree with the Court of Appeals that Customs ruling letters do not fall within Chevron is not, however, to place them outside the pale of any deference whatever. Chevron did nothing to eliminate Skidmore's holding that an agency's interpretation may merit some deference whatever its form, given the specialized experience and broader investigations and informations available to the agency and given the value of uniformity in its administrative and judicial understandings of what a national law requires».

⁶⁹ «Without being at odds with congressional intent much of the time, we believe that judicial responses to administrative action must continue to differentiate between Chevron and Skidmore, and that continued recognition of Skidmore is necessary for just the reasons Justice Jackson gave when the case was decided».

⁷⁰ «Justice Souter catalogued the factors that the Court has found relevant to whether an agency's interpretation should receive Chevron deference, but he was careful not to characterize any factor as decisive» (BEERMANN, 2010: 823). En concreto, en *U.S. v. Mead* el Tribunal establece que: «We have recognized a very good indicator of delegation meriting Chevron treatment in express congressional authorizations to engage in the process of rulemaking or adjudication that produces regulations or rulings for which deference is claimed. It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when provides for a relative formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force. Thus, the overwhelming number of our cases applying Chevron deference have reviewed the fruits of notice-and-comment rulemaking or formal adju-

caso *Christensen*, con un encendido y extenso voto particular de Antonin Scalia, quien se opone «vigorosamente» al razonamiento jurídico mayoritario de sus colegas. En efecto, el paladín del originalismo y acérrimo defensor de la sentencia *Chevron*, el Tribunal Supremo, introduce una mutación en la doctrina jurídica con unos fundamentos que, para Scalia, no sólo carecen de principios que los sustenten⁷¹, sino que conllevan unos resultados que traerán indeseables efectos en la práctica cotidiana⁷².

Y, en efecto, el panorama creado tras los casos *Christensen* y *Mead* llevó a la confusión, hasta el punto que un estudio publicado en el año 2005 y que trataba de analizar las resoluciones de los distintos Tribunales de Apelación a consecuencia de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en la última de las sentencias citadas, llegaba a la conclusión de que aún no estaba suficientemente claro cuándo una actuación administrativa merecía la aplicación de la deferencia *Chevron* y cuándo, por el contrario, debían aplicarse los algo más restrictivos criterios del caso *Skidmore*⁷³.

IV. ¿FRACASO DE CHEVRON?

A la vista del panorama existente, Jack BEERMANN imputa fundamentalmente dos tipos o clases de defectos a la sentencia *Chevron*: unos vicios o problemas intrínsecos, que afectan de lleno a las bases, fundamentos, criterios o justificaciones que el Tribunal Supremo utilizó a la hora de resolver dicho asunto; y una problemática de carácter más bien forense, dado que afecta fun-

dication. That said, and as significant as notice-and-comment is in pointing to Chevron authority, the want of that procedure here does not decide the case, for we have sometimes found reasons for Chevron deference even when no such administrative formality was required and none was afforded».

⁷¹ «The basis in principle for today's new doctrine can be described as follows: The background rule is that ambiguity in legislative instructions to agencies is to be resolved not by the agencies but by the judges. Specific congressional intent to depart from this rule must be found [...] The Court's background rule is contradicted by the origins of judicial review of administrative action. But in addition, the Court's principal criterion of congressional intent to supplant its background rule seems to me quite implausible. There is no necessary connection between formality of procedure and the power of the entity administering the procedure to resolve authoritatively questions of law».

⁷² «The principal effect will be protracted confusion [...] Another practical effect of today's opinion will be an artificially induced increase in informal rulemaking [...] Worst of all, the majority's approach will lead to the ossification of large portions of our statutory law. Where *Chevron* applies, statutory ambiguities remain ambiguities subject to the agency's ongoing clarification [...] *Skidmore* deference gives the agency's current position some vague and uncertain amount of respect, but it does not, like *Chevron*, leave the matter within the control of the Executive Branch for the future. Once the court has spoken, it becomes unlawful for the agency to take a contradictory position; the statute now says what the court has prescribed».

⁷³ «Years have passed since *Mead* was decided, and we still lack a clear answer to the question when an agency is entitled to *Chevron* deference for procedures other than notice-and-comment rulemaking or formal adjudication. Lower courts adopt inconsistent approaches. Many find ways to avoid the question altogether. Others use *Mead* in ways broader than the Court intended» (BRESSMAN, 2005: 1445). Ello conlleva, según dicha autora, que «Because courts are insecure about *Mead*, many grant lower-level *Skidmore* deference in addition to or in lieu of *Chevron*».

damentalmente a la dispar aplicación que los tribunales hacen en cuanto a la doctrina de la deferencia.

Uno de los reproches que se vertieron en relación con la doctrina *Chevron* fue que la misma no sólo chocaba frontalmente con las disposiciones de la *Administrative Procedure Act*, sino que incluso carecía de una adecuada base teórica al partir de unos fundamentos, cuando menos, dudosos. La contradicción con el texto de la APA parecía evidente⁷⁴: desde la sentencia *Marbury v. Madison* quedó establecido que es a los tribunales a quienes compete la interpretación de las leyes, y ya hemos visto que, de igual manera, la *Administrative Procedure Act* atribuye a los tribunales de justicia el control de la actuación de las agencias fundadas en «*excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations or short of statutory right*»⁷⁵. La interpretación realizada por el Tribunal Supremo en el caso *Chevron* suponía una ruptura con los criterios hasta entonces aplicables con carácter general, que el propio Tribunal intenta salvar mediante la adopción de una premisa sobre la cual se apoya su conclusión: la implícita voluntad del Congreso de delegar en las agencias administrativas la interpretación de la normativa. En efecto, la doctrina *Chevron* parte de que ante un silencio u oscuridad en un precepto legal la intención del Congreso es delegar la función interpretativa en la agencia⁷⁶, ofreciendo como motivo adicional la división de poderes y el hecho de que son las ramas políticas, y no los jueces, quienes deben enfrentarse a la toma de decisiones que suponen, en último extremo, una cierta dosis de opción política. Ya hemos visto que eso no es cierto, puesto que la *Administrative Procedure Act* había otorgado tal facultad expresamente a los tribunales. Pero ello conlleva una segunda cuestión, consistente en determinar en qué tipo de supuestos podemos concluir que existe un silencio u oscuridad en un precepto legal, dado que si se sigue literalmente la doctrina *Chevron* veremos que en más del noventa por ciento de los casos nos encontraremos con que el legislador no ha establecido una respuesta directa o criterio indiciario para enfocar

⁷⁴ Incluso el defensor a ultranza de la doctrina *Chevron*, el magistrado Antonin Scalia, manifestaba en su voto particular en el caso *Mead*: «*There is some question whether Chevron was faithful to the text of the Administrative Procedure Act, which it did not even bother to cite*».

⁷⁵ MAY (2006: 434-435) y BEERMANN (2010: 794). Según este último autor: «*If Chevron is inconsistent with the APA, then this may provide an extremely strong basis for overruling it (or abandoning it)*». Hay quienes incluso consideran *Chevron* como el reverso del caso *Marbury*.

⁷⁶ Antonin Scalia, en su voto particular en el caso *U.S. v. Mead*, así lo hacía constar al establecer que: «*As to principle: The doctrine of Chevron—that all authoritative interpretations of statutes they are charged with administering deserve deference—was rooted in a legal presumption of congressional intent, important to the division of powers between the Second and Third Branches. When, Chevron said, Congress leaves an ambiguity in a statute that is to be administered by an executive agency, it is presumed that Congress meant to give the agency discretion, within the limits of reasonable interpretation, as to how the ambiguity is to be resolved*». Por su parte, Stephen BREYER, tras indicar que *Chevron* puede verse como el reverso de *Marbury*, ataca esa concepción de la delegación implícita, vinculando así los dos vicios intrínsecos del caso *Chevron*: «*What are the foundations of Chevron? What led the Court to this position? Does the case rest on a judgment that Congress has told courts to defer to agency interpretations of law? If so, where has Congress said that? Consider the APA §706, which says that the reviewing court shall decide all relevant question (emphasis added)*» (BREYER, 2002: 290).

el asunto⁷⁷. A mayor abundamiento, queda abierto el problema relativo a los instrumentos jurídicos o criterios que los tribunales deben utilizar para verificar si el precepto legal cuya interpretación cubre la agencia administrativa puede calificarse jurídicamente de *unambiguous*. Es una cuestión que ya en su día había planteado la doctrina y que ofrece, a su vez, una amplia gama de posibilidades⁷⁸. Y si bien parece ser que con la sentencia *Chevron* no se quiso realizar una drástica mutación en el ordenamiento jurídico-administrativo⁷⁹, y lo que en realidad se pretendía era otorgar una mayor deferencia judicial a la interpretación que de los textos legales realizasen las agencias que tenían encomendada la ejecución de la normativa legal, si tal era el propósito último de la sentencia, pronto se demostró que tal fin distó mucho de alcanzarse, dado que el panorama existente en la actualidad es sumamente complejo. Debe analizarse, en primer lugar, si la doctrina de la deferencia *Chevron* se aplica o no y, una vez decidida la cuestión y en caso afirmativo, debe verificarse si la intención del legislador es clara en ese asunto, lo que a su vez puede realizarse utilizando interpretaciones restrictivas o extensivas, dando lugar a un panorama jurídico, cuando menos, confuso tanto para la Administración como para los tribunales⁸⁰.

A las anteriores deficiencias intrínsecas o inherentes a los propios fundamentos de la doctrina *Chevron* que hemos descrito en los párrafos anteriores, debemos añadir los problemas prácticos que la aplicación de la misma ocasiona en la realidad cotidiana. A título meramente enunciativo, podemos destacar los siguientes:

1. *Propia aplicabilidad de la doctrina*. La sentencia *Chevron* establecía un esquema que doctrinalmente fue calificado como de *two step system*: en primer lugar, debería verificarse la intención del legislador y, de no existir ésta o ser ambigua, verificar si la interpretación de la agencia era permisible. Ya hemos indicado anteriormente que, pese a la aparente claridad de la doctrina de la deferencia, el propio Tribunal Supremo fue determinando en función de los casos concretos enjuiciados determinados supuestos en que la defe-

⁷⁷ «Courts still must determine whether Congress has directly spoken to the question at issue, however. The justices do not always agree concerning either the answer to that question in a given case or the appropriate method of applying step one of *Chevron*» (PIERCE, 2009: 401-402).

⁷⁸ «An important question, then, is what sources may a court consult in deciding whether Congress has spoken directly. The words of the statute itself would seem an obvious starting (and, for some Justices, stopping) place, but some decisions demonstrate that directly does not necessarily mean explicit» (MASHAW, 2003: 815). «The Justices appear to be sharply divided in their assessments of the value and legitimacy of various traditional tools of statutory construction» (PIERCE, 2009: 402). «Recall that in a footnote, the *Chevron* court said that the “traditional tools of statutory interpretation” are to be used in step one. But what are those tools» (BREYER, 2002: 319).

⁷⁹ BEERMANN (2010: 782, sobre todo la cuarta nota al pie de página).

⁸⁰ «Multiple versions of *Chevron* can mislead agencies and courts. People often see what they want to see. Lower courts and agencies may seize on highly deferential versions of *Chevron*—courts to clear the docket and agencies to test the limits of statutory authority. Both may then be surprised when the Supreme Court employs a less deferential understanding of *Chevron* Step One to overrule an agency’s statutory construction than had been approved on review by a lower court» (BEERMANN, 2019: 785).

rencia *Chevron* no era aplicable. Tras los asuntos *Christensen* y *Mead* se añade, como paso previo a la aplicación de ese *two step system*, un requisito previo que cierto sector doctrinal ha denominado *step zero*⁸¹, consistente en verificar previamente si *Chevron* es o no aplicable. A las dificultades intrínsecas se añadía, pues, otra más, que era precisamente la delimitación concreta de los supuestos incluidos y excluidos del ámbito de aplicación de la misma⁸². Queda, pues, en el aire si estamos ante un *two step system* o ante un procedimiento aún más complejo y con más requisitos o fases que esas dos sencillas premisas contenidas en la sentencia original⁸³.

2. *Existencia de múltiples versiones de la doctrina.* En efecto, sobre todo a la hora de verificar la aplicación del *Chevron step one* pueden ofrecerse diversas posibilidades o criterios que conllevarían a diferentes resultados⁸⁴. En función de que se adopte una u otra versión el grado de deferencia varía, porque no es lo mismo acogerse a la primera de las acepciones (donde se exige que el Congreso haya adoptado una respuesta o criterio específicamente en la cuestión a resolver, supuesto hartamente difícil y que amplía notablemente el ámbito de aplicación deferencial respecto a la interpretación de las agencias) que a la segunda (donde se faculta a los tribunales, haciendo uso de los criterios tradicionales de interpretación —fundamentalmente el texto legal, historia y antecedentes legislativos—, a verificar si el legislador tuvo intención de regular explícitamente la cuestión y de delegar tal facultad en las agencias, con lo cual se restringe notablemente el ámbito deferencial).

3. *Fracaso en el intento de aumentar la deferencia en la actuación de las agencias administrativas.* Aparentemente, el objetivo que pretendía el Tribunal Supremo con la controvertida sentencia de 1984 era incrementar el nivel de deferencia hacia la actuación de las agencias administrativas, no obstante lo cual, pese a que inicialmente se logró tal finalidad, posteriormente, y debido a las excepciones, matizaciones y reinterpretaciones que sufrió la doctrina en el Tribunal Supremo, el nivel de deferencia se ha reducido en la

⁸¹ Véase al respecto el análisis del tema debido a Cass SUNSTEIN, «Chevron step zero», *Virginia Law Review*, vol. 92, núm. 2, págs. 187-249.

⁸² «To what agency decisions does *Chevron* apply? What is *Chevron* Scope? Does it apply to interpretative rules? To litigant positions? [...] If *Chevron* suggests a “two-step” test for the legality of agency interpretations of law, the inquiry into *Chevron*’s scope might be taken to comprise a “step zero” in the form of an inquiry into “whether courts should turn to the *Chevron* framework at all”» (BREYER, 2002: 304).

⁸³ Pueden consultarse, al respecto, las opiniones de Matthew C. STEVENSON y Adrian VERMEULE, «*Chevron* has only one step», *Virginia Law Review*, vol. 95, núm 3, págs. 597-609, y las de Kenneth A. BAMBERGER y Peter L. STRAUSS, «*Chevron*’s two steps», publicado en las págs. 611-625 del mismo número de la revista. Jack M. BEERMANN, a su vez, llega a hablar de la posible existencia de hasta cuatro pasos en función de cómo se aplique en el caso concreto el paso dos. «If, however, an agency choice of interpretation is arbitrary, capricious or an abuse of discretion, it is difficult to see how it can at the same time be consistent with Congress’s intent. This assumes that Congress writes statutes that are arbitrary or capricious», lo que, en consecuencia, supone «*Chevron* thus has anywhere from one to four steps depending on what and how one counts» (BEERMANN, 2010: 835).

⁸⁴ Jack BEERMANN se refiere a dichas versiones como «original directly spoken *Chevron*», «traditional tools *Chevron*», «plain meaning *Chevron*» y «extraordinary cases *Chevron*» (BEERMANN, 2010: 817).

práctica. Es curioso que si los tribunales de apelación han aplicado constantemente el caso *Chevron* para aumentar el nivel de deferencia de las agencias administrativas, es precisamente en el Tribunal Supremo donde la aplicación de la misma ha sufrido serios reveses⁸⁵.

Si a todo lo anterior añadimos los costes, tanto económicos como temporales, que ha ocasionado en la práctica la aplicación de la doctrina de la deferencia judicial, debemos plantearnos si los mismos compensan los posibles beneficios que con tal sentencia se pretendían lograr. Ante tal panorama, ¿merece realmente la pena continuar con la misma o ha llegado la hora de «poner ya fin al experimento *Chevron*»?

BIBLIOGRAFÍA

- AVEZUELA CÁRCCEL, Jesús (2008): «Agencias: el ejemplo norteamericano», *Fundación Ciudadanía y Valores*, noviembre; disponible en la red en el enlace http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1225902539_agencias.pdf.
- BEERMANN, Jack M. (2010): «End the failed Chevron experiment now: How Chevron has failed and why it can and should be overruled», *Connecticut Law Review*, vol. 42, núm. 3, págs. 779-851.
- BRESSMAN, Lisa Schultz (2005): «How Mead has muddled judicial review of agency action», *Vanderbilt Law Review*, vol. 58, núm. 5, págs. 1443-1492.
- BREYER, Stephen G.; SUNSTEIN, Cass S.; SPITZER, Matthew L., y STEWART, Richard B. (2002): *Administrative Law and regulatory policy*, 5.ª ed., Aspen Publishers.
- CUCHILLO FOIX, Montserrat (1996): *Jueces y Administración en el Federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1978): «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano: a propósito de una nueva exposición sistemática de la misma», núm. 78 de esta REVISTA, págs. 242-259.
- (2000): *Democracia, jueces y control de la Administración*, reimpresión de la 5.ª ed., Civitas.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (1996): «El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América», McGraw-Hill, Madrid.
- HUDSON, David L. (2007): *The Rehnquist Court, understanding its impact and legacy*, Praeger Publishers.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José (1991): *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas/Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- MASHAW, Jerry L. (2006): «Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801», *Yale Law Journal*, núm. 115.

⁸⁵ «Interestingly, circuit courts seem to take Chevron more seriously than does the Supreme Court. Empirical studies of circuit court decisionmaking have found a reasonably high degree of consistency in circuit court applications of Chevron. Yet, studies of Supreme Court applications of Chevron have found a high degree of inconsistency» (PIERCE, 2009: 403). «It is important that the study considers deference in the lower courts, because a possible defense of Chevron is that while it may have failed at the Supreme court level, it has served its purposes well at the lower courts» (BEERMANN, 2010: 829). BEERMANN indica que en una inmensa mayoría de supuestos donde la doctrina *Chevron* sería potencialmente aplicable, el mismo ni tan siquiera es objeto de mención expresa.

- MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A., y SHANE, Peter M. (2003): *Administrative Law. The American public law system, cases and materials*, 5.^a ed., West Publishing Co.
- MASHAW, Jerry L., y PERRY, Avi (2009): «Administrative Statutory interpretation in the antebellum republic», *Michigan State Law Review*, núm. 7, págs. 8-49.
- MAY, Randolph J. (2006): «Defining deference down: Independent Agencies and Chevron deference», *Administrative Law Review*, vol. 58, núm. 2, págs. 429-453.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel (1995): *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado.
- PIERCE, Richard J.; SHAPIRO, Sidney A., y VERKUIL, Paul R. (2009): *Administrative law and process*, 5.^a ed., Foundation Press.
- ROSSI, Jim (2001): «Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron», *William and Mary Law Review*, vol. 42, núm. 4, págs. 1105-1147.
- REGO BLANCO, María Dolores (1993): «Breve introducción al sistema estadounidense de *judicial review* o control de la acción administrativa», publicado en *La justicia administrativa en Derecho comparado*, Civitas, Madrid, págs. 589-596.
- VERMEULE, Adrian (2009): «Our Schmittian Administrative Law», *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 4, págs. 1095-1149.