

José Luis Corvalán Pérez*
Abogado, Master of Laws, Harvard University
Santiago, Chile
jcorvalan@bye.cl

La revisión judicial de los procedimientos “*notice-and-comment*”: el caso de las normas ambientales**

*Judicial review of notice-and-comment rulemaking: the case of
the environmental rules*

Resumen

Hasta 2014, la revisión judicial de las normas ambientales fue altamente deferente, remarcando la naturaleza discrecional de la potestad normativa del Presidente de la República. Sin embargo, esta tendencia fue interrumpida por una sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago en Diciembre de 2014, invalidando la Nueva Norma Primaria de Calidad Ambiental para Material Particulado MP10, que posteriormente fue confirmada por la Excma. Corte Suprema. Como analizaremos a continuación, estas sentencias presentan una gran similitud con el “*hard look review*” empleado actualmente por las cortes estadounidenses para la revisión judicial de las normas dictadas con arreglo a procedimientos de “*notice and comment*”.

*Master of Laws,
Harvard University.
Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales,
Universidad de Chile.
Abogado Asociado
Barros y Errázuriz
Abogados. Una versión
previa de este trabajo
fue presentada como
25-page LLM paper
para la obtención del
grado de master en
Harvard University.
Agradezco por sus
comentarios a los pro-
fesores Cass Sunstein
y Francisco Agüero
Vargas. Asimismo,
agradezco a Conicyt,
que financió mediante
Becas Chile mis estu-
dios de magister.

Palabras clave.

Revisión judicial - normas ambientales - *notice-and-comment* -
potestad normativa, deferencia.

**Artículo recibido el 30 de octubre de 2015 y aceptado con modificaciones para su publicación el 25 de noviembre de 2015.

Abstract

Until 2014, the judicial review of the environmental rules was highly deferential, remarking the discretionary nature of the rulemaking authority of the President. However, this deferential trend was halted by a decision delivered by the Second Environmental Court in December 2014, invalidating the new Primary Standard of Environmental Quality for Particulate Matter MP10, which later was upheld by the Chilean Supreme Court. As we will explore below, these decisions closely resemble the “hard look” review currently employed by the American courts to scrutiny notice-and-comment rulemaking in the United States.

Keywords

Judicial review - environmental rules - notice-and-comment – rulemaking - deference.

I. Introducción

Tradicionalmente, la legislación nacional no contempló instancias formales de participación de terceros interesados en los procedimientos administrativos destinados al ejercicio de la potestad normativa.

Aun cuando la Ley N°19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado¹ (en adelante, la “LBPA”), consagra, en su artículo 3°, un concepto amplio del “Acto Administrativo”, que no distingue entre normas generales y actos administrativos individuales; la mayor parte de la doctrina nacional sostiene que los derechos de participación y audiencia establecidos en los artículos 10 y 17 de la LBPA solo aplicarían tratándose de aquellos procedimientos administrativos conducentes a la dictación de actos administrativos individuales².

En este contexto, la Ley N°19.300 sobre Bases del Medio Ambiente³ (en adelante, la “LBMA”) introdujo una innovación mayor en el Derecho Administrativo chileno, al requerir procedimientos participativos (conocidos en el mundo anglosajón como procedimientos “*notice-and-comment*”) para la adopción de las Normas Primarias y Secundarias de Calidad Ambiental, y para la dictación de Normas de Emisión (en adelante, conjuntamente, las “Normas Ambientales”)⁴.

¹ Ley N°19.880 del 29 de mayo de 2003, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

² Ver PIERRY (2005)

³ Ley N°19.300 del 9 de marzo de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente

⁴ Cabe señalar que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 44, en relación con el artículo 32, ambos de la LBMA, los Planes de Prevención y Descontaminación Ambiental también deben ser dictados con arreglo a procedimientos

Hasta 2014 la revisión judicial de estas Normas Ambientales fue altamente deferente, remarcando la naturaleza eminentemente discrecional de la potestad normativa del Presidente de la República.

No obstante, esta tendencia fue abruptamente terminada por una sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental durante el mes de diciembre de 2014, la cual resolvió invalidar la nueva Norma Primaria de Calidad Ambiental para Material Particulado Respirable MP10.

Frente a la interposición de un recurso de casación en el fondo por parte del Consejo de Defensa del Estado, la Excm. Corte Suprema ratificó el razonamiento del Segundo Tribunal Ambiental, remarcando que los actos administrativos que pueden significar una disminución de la protección ambiental están sujetos a una exigencia de fundamentación más intensa y por lo mismo requieren de una motivación especial.

Tal como analizaremos a continuación, estas decisiones presentan una gran similitud con el "hard look review" empleado actualmente en los Estados Unidos para el control judicial, de las reglas dictadas conforme a procedimientos de "notice-and-comment".

En consecuencia, el análisis de la evolución del control judicial de los procedimientos "notice-and-comment" en los Estados Unidos se revela como un ejercicio de gran utilidad para efectos de analizar los alcances e implicancias de las referidas sentencias.

II. ¿En qué consisten los procedimientos "notice-and-comment"?

Tal y como han subrayado tanto la APEC como la OCDE, las "regulaciones deben ser desarrolladas en forma abierta y transparente, con procedimientos apropiados y bien publicitados, para una efectiva y oportuna recepción de antecedentes de partes interesadas tanto nacionales como extranjeras, tales como negocios afectados, gremios, grupos de interés ligados a la protección del consumidor o del medio ambiente, u otros niveles de gobierno"⁵.

En este sentido, la consulta pública mejora la calidad de las regulaciones, al incrementar la cantidad de información disponible para los gobiernos, ayudando a los reguladores a balancear intereses opuestos y a identificar efectos imprevistos o problemas prácticos⁶.

De igual modo, la consulta pública también puede facilitar el cumplimiento voluntario de las regulaciones, no solo al proporcionar a los regulados mayores oportunidades para

"notice-and-comment". De igual modo, este tipo de procedimientos participativos también resultan aplicables a los Estándares Mínimos de Eficiencia Energética que el Ministerio de Energía debe fijar por mandato de la Ley N°20.204, y a las Instrucciones Generales que el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está facultado para dictar en conformidad a los artículos 18 N°3 y 31 del DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973 (agradezco por estas últimas dos observaciones al profesor Francisco Agüero Vargas).

⁵ ASIA PACIFIC ECONOMIC COOPERATION AND ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2005) p. 17 (traducción libre del autor)

⁶ DELIA Y ANDRES-AMO (2006) p. 2

ajustarse a los cambios, sino también al incrementar la percepción de legitimidad de las normas⁷.

Básicamente, existen cuatro instrumentos o mecanismos utilizados para implementar la consulta pública de las regulaciones, que difieren dependiendo de quienes son los consultados y cuál es la formalidad del proceso⁸:

a. Consultas informales: Incluye todo contacto discrecional y ad hoc entre los reguladores y grupos de interés. El principal propósito de estos contactos es recopilar información de las partes interesadas. Tiene importantes ventajas en términos de velocidad y de participación de un amplio rango de intereses. No obstante, su principal desventaja es la falta de transparencia⁹.

b. Circulación de propuestas regulatorias: Constituye una forma relativamente simple de solicitar opiniones del público, siendo altamente probable que induzca a las partes afectadas a proporcionar información. Asimismo, es altamente flexible en términos de plazos, ámbito y formalidades. El lado negativo, sin embargo, radica en la alta discrecionalidad del regulador para decidir quiénes serán los actores consultados¹⁰.

c. Comisiones Asesoras: Estas comisiones suelen ser involucradas en todas las etapas del proceso regulatorio, pero lo más frecuente es encontrarlas en las fases iniciales del mismo, a objeto de colaborar en la definición de posiciones y alternativas. Dependiendo de su estatus, autoridad y de su posición en el proceso decisorio, pueden conferir a las partes participantes una gran influencia en la decisión final, o bien, pueden ser una más de las tantas fuentes de información utilizadas¹¹.

d. Procedimientos “notice-and-comment”: Este es, por lejos, el más abierto, inclusivo, estructurado y formal de los mecanismos de consulta pública. Supone que todas las partes interesadas estén informadas de la propuesta regulatoria, a fin de poder efectuar los comentarios que estimen pertinentes. Para tal efecto, junto con el borrador de la propuesta, el órgano pone a disposición del público los antecedentes en que la misma se sustenta, así como una explicación de los objetivos de política pública que se pretende alcanzar y de los problemas que se busca resolver¹².

En Europa, las comisiones asesoras han sido el mecanismo preferido para obtener re-
troalimentación del público acerca de las propuestas regulatorias. Tal y como explica Bignami, “*estos comités están compuestos por representantes de las principales organizaciones activas en el área de política respectiva y usualmente están presididos por un representante del gobierno. Su consulta puede ser vinculante o meramente opcional, dependiendo del área de*

⁷ *Ibid*

⁸ *Ibid*

⁹ *Ibid*, pp. 2-3

¹⁰ *Ibid*, pp. 3

¹¹ *Ibid*, pp. 5-6

¹² *Ibid*, pp. 3-4

*que se trate y del tipo de propuesta gubernamental, y frecuentemente ellos también ejercitan facultades de proposición*¹³.

Recientemente, los reguladores europeos han comenzado a implementar amplias consultas públicas, utilizando las posibilidades proporcionadas por internet. Sin embargo, en claro contraste con los procedimientos de "notice-and-comment", estas consultas "están permeadas por la discrecionalidad administrativa, en primer lugar, en lo que respecta a la decisión de convocarlas y, seguidamente, en la decisión acerca de qué tipo de respuesta proporcionar – si la hubiere – en caso de oposición del público. Los reguladores, por tanto, se encuentran todavía en una sólida posición para controlar el acceso al procedimiento de diseño de las políticas"¹⁴.

A diferencia de Europa, Estados Unidos tiene una larga tradición de ejercicio de las potestades normativas a través de procedimientos "notice-and-comment".

En este sentido, la *Administrative Procedure Act*¹⁵ (en adelante, la "APA") regula dos tipos de procedimientos administrativos conducentes al ejercicio de la potestad normativa.

Por una parte, con arreglo al artículo 553 de la APA, el órgano debe ajustarse al procedimiento "formal" cuando la ley requiere que la regla sea hecha en base al expediente administrativo y tras la oportunidad de tener una audiencia ante el órgano.

Si ese fuera el caso, en forma previa a la dictación de la regla, el órgano debe conducir una audiencia adversarial, en la que los interesados puedan aportar las pruebas que estimen pertinentes para acreditar sus puntos de vista o para controvertir los presupuestos del órgano.

Es importante tener en consideración que este procedimiento "formal" es raramente aplicado y que prácticamente ha desaparecido, principalmente a consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *UNITED STATES V. FLORIDA EAST COAST RAILWAY*¹⁶, la cual ha sido interpretada uniformemente por los tribunales inferiores en el sentido que las secciones "556 y 557 solamente aplican cuando la ley respectiva utiliza la frase talismánica de la sección 553(c) 'on the record after opportunity for an agency hearing'"¹⁷.

Si la ley pertinente no exige la aplicación de este procedimiento "formal", el órgano debe dictar la norma en conformidad al procedimiento de "notice-and-comment" – también denominado "informal" – establecido en el artículo 553 de la APA.

En primer término, a objeto de satisfacer el requisito de que exista "notice" – es decir, notificación – de los interesados, el órgano debe publicar un aviso de proposición normativa en el Diario Oficial de los Estados Unidos (*Federal Register*)¹⁸.

¹³ BIGNAMI (2012) p. 18 (TRADUCCIÓN LIBRE DEL AUTOR)

¹⁴ *Ibid.*, p. 19 (traducción libre del autor)

¹⁵ *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C.

¹⁶ *UNITED STATES V. FLORIDA EAST COAST RAILWAY* (1973)

¹⁷ BREYER et al. (2011) p. 549 (traducción libre del autor)

¹⁸ *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C., § 553(b)

Este aviso debe contener el texto o el contenido sustancial de la norma propuesta¹⁹, referencia a la autoridad legal en virtud de la cual la norma es sometida a consideración del público²⁰ e información acerca de los plazos aplicables²¹.

En segundo lugar, a fin de cumplir con el requisito de que exista “*comment*” – es decir, comentarios – del público, el órgano debe proporcionar a las personas interesadas la posibilidad de participar en el procedimiento a través de la remisión por escrito de antecedentes, opiniones o argumentos y, eventualmente, mediante presentaciones orales²².

En tercer lugar, el órgano debe publicar la regla final no menos de 30 días antes de la fecha de su entrada en vigencia, incorporando en ella una explicación general de sus fundamentos y de su propósito²³.

Finalmente, el artículo 706 de la APA establece que las normas adoptadas a través de este procedimiento están sujetas a revisión judicial, no solo respecto a la adecuación y suficiencia del procedimiento (“*without observance of procedure required by law*”)²⁴, sino también con respecto a la eventual ilegalidad o arbitrariedad de las decisiones adoptadas por el órgano (“*arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law*”)²⁵ y a la interpretación que este ha hecho de su ley habilitante (“*in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right*”)²⁶.

Como resulta evidente a partir de las referidas disposiciones, en claro contraste con el caso europeo, el procedimiento de “*notice-and-comment*” establecido en la APA “*limita significativamente la discreción administrativa, tanto en lo que respecta a cuándo y a quien consultar, como en lo que concierne al valor que debe otorgarse – en caso que se le confiara alguno – a las objeciones de la comunidad regulada*”²⁷.

Adicionalmente, la APA consagra una presunción en favor de la revisión judicial, que yendo más allá de la protección de derechos, tiene un fuerte enfoque “*en la calidad de la ciencia y de los juicios de política que subyacen a la decisión administrativa, así como en la habilidad del gobierno para justificar el curso de acción escogido frente a evidencia científica alternativa y las opciones de política pública planteadas por sus opositores*”²⁸.

¹⁹ *Ibid.*, § 553(b)(3)

²⁰ *Ibid.*, § 553(b)(2)

²¹ *Ibid.*, § 553(b)(1)

²² *Ibid.*, § 553(c)

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, § 706(2)(d)

²⁵ *Ibid.*, § 706(2)(a)

²⁶ *Ibid.*, § 706(2)(c)

²⁷ BIGNAMI (2012) p. 17 (traducción libre del autor)

²⁸ BIGNAMI (2012) p. 16 (traducción libre del autor)

III. Procedimientos de "notice-and-comment" en Chile: el caso de las normas ambientales

Con arreglo al artículo 2° (n) de la LBMA, una Norma Primaria de Calidad Ambiental es aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población.

Por su parte, el artículo 2° (ñ) de la LBMA define a la Norma Secundaria de Calidad Ambiental como aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza.

Finalmente, el artículo 2° (o) de la LBMA precisa las Normas de Emisión las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante, medida en el efluente de la fuente emisora.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la LBMA, un reglamento dictado por el Presidente de la República debe regular el procedimiento aplicable a la dictación de las referidas normas ambientales, debiendo considerar, a lo menos, las siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados; análisis de las observaciones formuladas, y una adecuada publicidad.

Actualmente, dicho reglamento se encuentra contenido en el Decreto Supremo N°38 del 22 de julio de 2013 (en adelante, el "Decreto"), del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, el "Ministerio"), que Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión²⁹.

El Decreto establece que la tramitación del proceso de dictación de normas dará origen a un expediente público, escrito o electrónico, que contendrá las resoluciones que se dicten, las consultas evacuadas, las observaciones que se formulen, así como todos los antecedentes, datos y documentos relativos a la dictación de la norma³⁰.

El proceso de dictación de normas se inicia con la resolución que dispone la elaboración del anteproyecto de norma, etapa que debe ser cumplida dentro de un plazo de doce meses³¹.

Dicha resolución, que debe ser publicada en el Diario Oficial y en el sitio electrónico del Ministerio, ordenará la formación del expediente referido anteriormente, señalará el contaminante o los contaminantes a normar y el plazo de recepción de los antecedentes sobre la materia.

²⁹ Decreto Supremo N°38 del 22 de julio de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

³⁰ *Ibid*, art. 8°

³¹ *Ibid*, art. 12°

Cualquier persona, natural o jurídica, puede, dentro del plazo señalado por la resolución, aportar antecedentes técnicos, científicos y sociales sobre la materia a regular.

Luego de la publicación de la mencionada resolución, el Ministerio debe encargar los estudios científicos y solicitar los antecedentes que sean necesarios para la formulación de la norma y establecer para cada caso una fecha límite para su presentación. La exigencia de contar con estos estudios científicos se puede cumplir con estudios científicos o técnicos existentes sobre la materia a normar, así como con aquellos existentes en otros Estados u organismos internacionales.

Recibidos los estudios científicos y antecedentes requeridos, el Ministerio debe analizar la suficiencia de los mismos. Si los estudios son suficientes, se elaborará el anteproyecto en el plazo que reste para cumplir los doce meses previamente aludidos. Si los estudios son insuficientes, el Ministro podrá solicitar estudios complementarios³².

Con los antecedentes y estudios recabados, el Ministerio debe llevar a cabo un análisis técnico que identifique y cuantifique, cuando corresponda, los riesgos para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas y un análisis general del impacto económico y social, considerando la situación actual y la situación con anteproyecto de norma. Ambos análisis deben ser realizados dentro del plazo de elaboración del anteproyecto.

En especial, el análisis general del impacto económico y social referido debe evaluar los costos que implique el cumplimiento del anteproyecto de norma de calidad ambiental o de emisión para la población, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado como responsable de la fiscalización del mismo. Adicionalmente, este estudio debe identificar y, cuando corresponda, cuantificar los beneficios que implique el cumplimiento de dichas normas para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado³³.

Una vez efectuado este análisis y elaborado el anteproyecto de norma, corresponde que el Ministerio dicte la resolución que lo aprueba y lo somete a consulta. Dicha resolución se publicará en extracto en el Diario Oficial y en un diario o periódico de circulación nacional. Dicho extracto debe contener, a lo menos, una relación completa de la norma propuesta, un resumen de sus fundamentos, e informar acerca del plazo para la recepción de observaciones y consultas³⁴.

Dentro de los 60 días siguientes a la publicación de la antedicha resolución, cualquier persona, natural o jurídica, puede formular observaciones al contenido del anteproyecto de norma, las que deberán ser acompañadas de los antecedentes en los que se sustentan, especialmente los de naturaleza técnica, científica, social, económica y jurídica³⁵.

³² *Ibid*, arts. 13 y 14

³³ *Ibid*, art. 15

³⁴ *Ibid*, arts. 16 y 17

³⁵ *Ibid*, art. 20

Una vez concluido el plazo para formular observaciones, el Ministerio cuenta con 120 días para elaborar el proyecto definitivo de norma, el cual debe considerar los antecedentes contenidos en el expediente y el análisis de las observaciones formuladas en la etapa de consulta³⁶.

Este proyecto definitivo debe ser remitido al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, para su discusión y pronunciamiento, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 (f) de la LBMA. Emitido el pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el proyecto definitivo de norma debe ser sometido a la consideración del Presidente de la República para su decisión³⁷.

En conformidad a lo establecido en el artículo 38 del Decreto, las normas ambientales deben ser revisadas, con arreglo al mismo procedimiento referido precedentemente, a lo menos cada cinco años.

Esta revisión debe dar respuesta a los riesgos adicionales significativos aparecidos durante el proceso que dio origen a la norma y señalados en el respectivo expediente. Asimismo, la revisión debe sujetarse a criterios de eficacia de la norma en cuestión y de eficiencia en su aplicación, los que se ponderarán teniendo en consideración, entre otros, el nivel de cumplimiento informado por la Superintendencia del Medio Ambiente y la vigencia actual de los objetivos tenidos en cuenta al momento de su dictación, los cambios en las condiciones ambientales consideradas al momento de dictarse la norma, y los resultados de las investigaciones científicas que aporten antecedentes nuevos sobre efectos adversos a las personas, a los recursos naturales o sobre nuevas metodologías de medición³⁸.

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 de la LBMA, dentro de los 30 días siguientes a su publicación, las normas ambientales pueden ser reclamables ante el Tribunal Ambiental por cualquier persona que considere que no se ajustan a la ley y a la cual causen perjuicio.

IV. La revisión judicial de las normas ambientales

1. El estado del arte hasta 2014

Según ya adelantamos, hasta 2014, la revisión judicial de las normas ambientales fue altamente deferente³⁹.

³⁶ *Ibid*, art. 21

³⁷ *Ibid*, arts. 22 y 23

³⁸ *Ibid*, art. 39

³⁹ Para un completo estudio de la revisión judicial de la potestad normativa en Chile, y en particular de la revisión judicial de las normas ambientales, ver AGÜERO Y CORDERO (2014)

A modo de ejemplo, en *LUIS MARIANO RENDÓN V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA*⁴⁰, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de protección interpuesto en contra del Decreto Supremo N° 20/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, mediante el cual se aprobó, entre otras, la modificación de la medida M4OTR1 del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, aprobada por el Decreto Supremo N°16/1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, resolvió que la calificación última acerca del mérito de determinadas medidas destinadas a preservar el medioambiente, corresponde al Presidente de la República, sin que quepa formular reproches de arbitrariedad a la decisión final adoptada por este:

“[...] los antecedentes aportados al proceso por los propios recurrentes – fojas 8 a 24 – son suficientes para desvirtuar el reproche de arbitrariedad que se formula al Decreto N°20 pues ellos demuestran que corresponde a una decisión de la autoridad competente, sobre la base de estudios serios, con la participación ciudadana y que tienen por objeto hacer realidad la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, esto es, en beneficio del interés general. Esta tarea es de responsabilidad de la Administración del Estado y en particular de los Ministerios y Servicios a que se refiere la Ley N°19.300. La calificación última, en consecuencia, acerca del mérito de determinadas medidas destinadas a preservar el medioambiente, corresponde al Presidente de la República, por lo que no cabe de tildar de arbitrario el referido Decreto N° 20”⁴¹.

De igual modo, en *FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA*⁴², la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de una apelación relativa a la reclamación de una Norma Primaria de Calidad Ambiental, precisó que el perjuicio exigido para reclamar con arreglo al artículo 50 de la LBMA se encuentra únicamente ligado al estricto cumplimiento de las distintas fases exigidas por la LBMA y por su reglamento para la dictación de la respectiva norma ambiental, y no a los aspectos sustantivos involucrados:

“9º Que en lo que al perjuicio se refiere, ha de tenerse en consideración que este está íntimamente referido a la idea que lo precede en la disposición legal, esto es, que en la tramitación del decreto se hayan observado todos los pasos que al efecto dispone la ley.

Lo anterior se aviene a dos ideas: la primera, está referida un principio general de nuestra legislación en el sentido de que no existe nulidad si esta no causa un perjuicio. De ello se colige que no existe nulidad por la sola pureza de la aplicación de las normas, sino que necesariamente debe causar un perjuicio.

⁴⁰ *LUIS MARIANO RENDÓN V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA* (2001). Aun cuando este caso dice relación con un Plan de Prevención y Descontaminación Ambiental, resulta ser relevante para efectos de este análisis por cuanto, según ya referimos, con arreglo al artículo 44, en relación con el artículo 32, ambos de la LBMA, dichos planes también deben ser dictados con arreglo a procedimientos “notice-and-comment”.

⁴¹ *LUIS MARIANO RENDÓN V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA* (2001) Considerando 9

⁴² *FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA* (2005)

La segunda, está íntimamente ligada con la materia de qué trata el decreto supremo impugnado, cual es determinar cuál será la calidad de aire que respiraremos todos los ciudadanos del país. Como llegar a contaminación cero es imposible, pero al mismo tiempo una contaminación desenfrenada es mortal para la salud, como ya ha sucedido en otras ciudades del mundo, la autoridad ha estimado necesario regular hasta cuanta contaminación habrá de aceptarse, y si pasado los niveles de aceptación, que medidas han de adoptarse para que cese la transgresión de ese límite.

Se entra de este modo en un tema total y absolutamente opinable. Habrá buenas razones para fijar este límite en uno más alto o más bajo, según el punto de vista que se adopte. Para quienes están del lado del desarrollo económico sostienen una postura de establecer un nivel más alto para permitirlo, puesto que de lo contrario se hace muy oneroso el desarrollo de la industria. Y para los que están más proclive a la calidad de vida, argumentarán que de qué sirve el desarrollo si se tiene una pésima calidad de vida que nos llevara necesariamente a una muerte temprana.

10° Que de esta manera, el perjuicio al que alude la norma citada, está referido al que cause una deficiente tramitación del Decreto Supremo que establece las normas primarias de material particulado en el aire. No está referido por ende al perjuicio que cualquier persona estime que cause el nivel de contaminación permitido o la forma de cómo esta habrá de ser mitigada. Tal como se expresó precedentemente este es un tema opinable, y estas diversas opiniones tienen cabida en las diversas etapas de discusión que establece la norma para llegar al dictado del Decreto Supremo que regula la materia”⁴³.

No obstante, en 2012, un punto de inflexión tuvo lugar con la dictación de la Ley N°20.600 que Crea los Tribunales Ambientales⁴⁴, en virtud de la cual la revisión judicial de las normas ambientales fue encomendada a dichos tribunales.

2. La Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental

En ese contexto, en Diciembre de 2014, el Segundo Tribunal Ambiental dictó una sentencia emblemática⁴⁵, invalidando el Decreto Supremo N°20/2013 que contenía la nueva Norma Primaria de Calidad Ambiental para Material Particulado MP10⁴⁶ (en adelante, la “Norma MP10”).

La Norma MP10 fue el resultado del proceso de revisión de la norma previa que databa del año 2001. En virtud de esta revisión, el Ministerio decidió mantener el límite diario de 150 µg/m³, pero simultáneamente, derogó el límite anual previo de 50 µg/m³. Estas decisiones deben ser entendidas en el contexto de la dictación, en forma paralela, de

⁴³ *Ibid*, Considerandos 9 y 10

⁴⁴ Ley N°20.600 del 28 de junio de 2012, que Crea los Tribunales Ambientales.

⁴⁵ *FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ Y OTROS V. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE* (2014)

⁴⁶ Decreto Supremo N°20 del 16 de diciembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10.

la Norma Primaria de Calidad Ambiental para Material Particulado MP2,5 (en adelante, la “Norma MP2,5”).

El Segundo Tribunal Ambiental decidió invalidar la Norma MP10, tanto por razones netamente procedimentales, como por consideraciones sustantivas o de fondo.

En relación con los aspectos procedimentales, el Tribunal observó, en primer lugar, que si bien el expediente registraba formalmente los hitos mínimos exigidos por la LBMA, el procedimiento no revelaba la prolijidad que debe tener el proceso de revisión de una norma tan relevante, habiendo tomado un tiempo excesivamente largo⁴⁷ – sin que la explicación de dicha dilación estuviera fundada en el expediente – que incluyó la realización de dos prórrogas – la segunda de ellas en directa contravención con el reglamento⁴⁸ que admitía solo una – circunstancia que puede haber obstaculizado la participación del público, ante la dificultad de hacer seguimiento en regla al procedimiento⁴⁹.

En segundo término, el Tribunal remarcó que la participación pública fue prácticamente inexistente, responsabilizando al Ministerio por no cumplir con su deber de promover e incentivar la información y el involucramiento de los interesados⁵⁰.

Finalmente, el Tribunal criticó el desorden y la falta de organización del expediente administrativo, en que no se observa un orden cronológico, existiendo documentos que se encuentran agregados en etapas que no corresponden; informes que, si bien fueron citados en los considerandos de la Norma MP10, no rolan en el referido expediente y, al contrario, informes que, constando en dicho expediente, no fueron citados en la Norma MP10⁵¹.

En lo que concierne a los aspectos sustantivos, en primer término, en relación con la mantención del límite diario de 150 µg/m³, el Tribunal constató que el Ministerio:

“no realizó una revisión sustantiva y acuciosa y no se aplicaron los criterios de revisión exigidos por la Ley N°19.300 y el Reglamento respectivo [...] A mayor abundamiento, la debida fundamentación y motivación del establecimiento – o mantención – de una norma primaria de calidad ambiental, exige razones y justificaciones, las que deben estar consignadas tanto a lo largo del proceso de revisión como incluidas formalmente en los considerandos del decreto supremo, de manera que permitan a la población comprender los motivos y fundamentos legales y técnicos para la adopción de este tipo de decisiones [...]”⁵².

⁴⁷ Cabe precisar que el Tribunal no afirma que los plazos legales y reglamentarios aplicables sean fatales para la Administración. En este sentido, cabe recordar que, tal y como ha dictaminado reiteradamente la Contraloría General de la República, “los plazos para la Administración, salvo disposición legal expresa en contrario, no son fatales y su finalidad es la implantación de un buen orden administrativo para dar cumplimiento a las funciones o potestades de los órganos que la integran, pudiendo cumplir sus actuaciones en una fecha posterior a la establecida en la normativa vigente” (Dictamen N°16766, de fecha 15 de marzo de 2013).

⁴⁸ Al tiempo de dictarse la Norma MP 10, el reglamento que desarrollaba el artículo 32 de la LBMA se encontraba contenido en el Decreto Supremo N°93 del 26 de octubre de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, cuyo procedimiento no difería sustancialmente del contenido en el Decreto Supremo N°38 del 22 de julio de 2013.

⁴⁹ *FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ Y OTROS V. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE* (2014) Considerando 33

⁵⁰ *Ibid*

⁵¹ *Ibid*

⁵² *Ibid*, Considerando 50

Por su parte, respecto de la eliminación del límite anual de 50 µg/m³, el Tribunal observó que:

“la derogación de una norma de calidad ambiental debe someterse necesariamente a un estándar de fundamentación particularmente elevado, pues implica un cambio en el nivel de riesgo socialmente aceptado que no puede ser motivo solo de un acuerdo político, sino que el resultado de una acabada discusión, científica en su parte fundamental, pero también sociológica y jurídica; y en particular, a menos que nos encontremos ante una situación excepcionalísima, deberá existir una estricta correlación que garantice que la derogación ha sido o será compensada con la generación o creación de otra norma, que supondrá mejores y más elevados estándares”⁵³.

Aplicando estas reflexiones al caso en comento, el Tribunal concluyó que la dictación de la Norma MP2,5, si bien representaba un gran avance, no tomó en cuenta la derogación del límite anual de la Norma MP10, “*generando un fuerte debilitamiento de la fundamentación y de la previsión de efectos inmediatos y mediatos de la derogación*”⁵⁴.

3. La Sentencia de la Excma. Corte Suprema

Frente a la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, el Consejo del Estado decidió interponer un recurso de casación en el fondo fundado en diversos capítulos, el que fue rechazado por la Excma. Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015⁵⁵.

A efectos de rechazar la alegación del Consejo de Defensa del Estado en el sentido que la sentencia recurrida habría infringido lo dispuesto en los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la LBPA, al exigir un estándar estricto de motivación y fundamentación del acto administrativo, ajeno al estándar de motivación establecido por la referida ley, la Excma. Corte precisó que:

“[...] *tal como antes ya se asentó, todos los actos administrativos requieren ser fundamentados, pero esta exigencia de fundamentación es más intensa e implica un estándar más alto o exigente en cuanto concierne a actos administrativos que pueden significar una disminución de la protección ambiental y por lo mismo requieren de una motivación especial*”⁵⁶.

De igual modo, haciéndose cargo del argumento del Consejo de Defensa del Estado, relativo a que la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental habría infringido el artículo 30 de la Ley N°20.600, con relación al artículo 50 de la LBMA, toda vez que no cuestionaría un aspecto de estricta legalidad, sino que la ponderación o valoración técnica

⁵³ *Ibid*, Considerando 80

⁵⁴ *Ibid*

⁵⁵ *Ministerio del Medio Ambiente v. Fernando Dougnac Rodríguez y otros (2015)*

⁵⁶ *Ibid*, Considerando 21

de los antecedentes y, en definitiva, el mérito oportunidad o conveniencia de la decisión adoptada al dictar la Norma MP10, la Excma. Corte subrayó que:

“la sentencia recurrida no ha hecho un control de mérito, sino un control de la motivación del acto administrativo cuestionado. El control de los motivos es un control de legalidad y por ende no es un control de mérito. Los motivos son los hechos que justifican la adopción del acto administrativo y son anteriores a tal acto y deben ser explicitados por mandato legal, conforme antes ya se ha dicho, por así exigirlo los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880”⁵⁷.

De esta forma, al confirmar la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, el máximo tribunal de nuestro país ha dado su visto bueno a este viraje en la revisión judicial de los procedimientos “*notice-and-comment*” en Chile, al menos en lo que respecta a normas ambientales que importan una “*disminución de la protección ambiental*”.

V. La evolución de la revisión judicial de los procedimientos “*notice-and-comment*” en los Estados Unidos

Según referimos anteriormente, este giro en el alcance y la intensidad de la revisión judicial de las normas ambientales presenta una gran similitud con la forma en que las Cortes estadounidenses transformaron el procedimiento “*notice-and-comment*” y, en paralelo, desarrollaron el denominado “*hard look review*”.

En consecuencia, el análisis la evolución de la revisión judicial de los procedimientos “*notice-and-comment*” en los Estados Unidos es un ejercicio fundamental para comprender cabalmente las implicancias de las sentencias en comento, los intereses en juego y las distintas formas en que la jurisdicción nacional puede balancearlos frente a un caso concreto.

1. El requisito de la “audiencia de papel”

La regulación del procedimiento “*notice-and-comment*” en el artículo 553 de la APA es muy escueta, imponiendo pocas restricciones al órgano que se dispone a dictar una norma.

Esta regulación mínima suele ser explicada por la circunstancia que, tradicionalmente, los órganos de la Administración estadounidense actuaron más como entes fiscalizadores que como planificadores, operando primordialmente a través de la resolución de casos concretos (“*adjudication*”)⁵⁸.

No obstante, a partir de la década de 1960, muchos órganos comenzaron a utilizar la potestad normativa como su principal instrumento de regulación, tras constatar que

⁵⁷ *Ibid*, Considerando 23

⁵⁸ SINAICO (1975) p. 63

sus amplios mandatos para regular la contaminación, energía, seguridad en el trabajo, protección del consumidor –entre otros– no podían ser cabalmente cumplidos sobre la base de adjudicar casos individuales⁵⁹.

El creciente uso de la potestad normativa fue facilitado por la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el ya citado caso *FLORIDA EAST COST RAILWAY* que, según comentamos precedentemente, restringió sustancialmente el ámbito de aplicación del procedimiento "formal" de dictación de normas, abriendo las puertas para una utilización extensiva del procedimiento "*notice and comment*"⁶⁰.

En este contexto, algunos jueces de la Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia comenzaron a advertir que el procedimiento "*notice and comment*", regulado en el artículo 553 de la APA, era insuficiente para permitir una real revisión judicial de las normas crecientemente dictadas por los órganos de la Administración, las que eran percibidas como ampliamente susceptibles a la captura regulatoria⁶¹.

A consecuencia de estas decisiones judiciales, el procedimiento "*notice and comment*" comenzó a ser transformado en una especie de "audiencia de papel" ("*paper hearing*")⁶², generando un completo y detallado expediente administrativo, elaborados avisos de propuesta normativa en que se ponía a disposición del público toda la evidencia relevante en poder del órgano, y completas declaraciones de fundamento y propósito, en las que el órgano respondía en detalle todos los puntos relevantes planteados por los interesados que intervinieron durante el procedimiento⁶³.

Inicialmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó estos cambios con aparente indiferencia⁶⁴.

Sin embargo, cuando algunas de estas decisiones fueron más allá de exigir "*audiencia de papel*" y fundamentaciones detalladas, para pasar a demandar el uso de procedimientos orales, interrogación y contra-interrogación de testigos, y exhibición de documentos⁶⁵, entre otros, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió intervenir en el caso *VERMONT YANKEE NUCLEAR POWER CORP. v. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL*⁶⁶, clarificando que el texto de la APA precluía la imposición judicial de requisitos procedimentales que excedieran el mínimo legal ("*statutory minima*").

⁵⁹ PEDERSEN (1975) p. 38

⁶⁰ BREYER et al. (2011) p. 551

⁶¹ BEERMANN Y LAWSON (2007) p. 857

⁶² BREYER et al. (2011) p. 552.

⁶³ BEERMANN Y LAWSON (2007) p. 857

⁶⁴ *Ibid*, p. 858

⁶⁵ BREYER et al. (2011) p. 558

⁶⁶ *VERMONT YANKEE NUCLEAR POWER CORP. v. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL* (1978)

2. El “hard look review”

El requisito de la “*audiencia de papel*” debe ser entendido en el contexto del desarrollo de una nueva interpretación del estándar de revisión judicial consagrado en el artículo 706(2)(a) de la APA, que ordena al juez invalidar los actos de la administración que sean “arbitrarios y caprichosos” (“*arbitrary and capricious*”).

Hasta la década de 1970, el estándar de revisión “*arbitrary and capricious*” era aplicado en forma muy restringida, requiriendo únicamente que la acción del órgano estuviera sustentada por una “mínima racionalidad”⁶⁷.

No obstante, a lo largo de la dicha década, el referido estándar comenzó a ser interpretado en una forma mucho más exigente, dando origen al denominado “*hard look review*”, que busca determinar si el órgano dio una “adecuada consideración” al asunto sometido a su decisión.

*CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK V. VOLPE*⁶⁸ es considerando el punto de partida de esta nueva interpretación.

En *OVERTON PARK*, la discusión giraba en torno a la autorización por parte del Secretario de Transporte de una autopista de 6 pistas a través de un parque público, ubicado en la ciudad de Memphis.

Aun cuando la autorización en comento se encontraba sujeta a un procedimiento informal de adjudicación, la Corte observó que la revisión judicial debía ser profunda y detallada, involucrando un análisis cuidadoso de los hechos, en orden a establecer si la decisión final se había basado “*en la consideración de todos los factores relevantes y si ha habido un claro error de juicio*”⁶⁹.

Adicionalmente, aún cuando la APA no requería que los órganos mantuvieran un expediente administrativo para esta clase de procedimientos, la Corte resolvió que la existencia de un expediente resultaba ser fundamental a fin de determinar la legalidad de la acción administrativa⁷⁰.

Como resulta evidente a partir de *OVERTON PARK*, el “*hard look review*” comprende tanto aspectos procedimentales como requisitos sustantivos.

En relación con los aspectos procedimentales, el órgano debe demostrar que ha respondido a todos los puntos significativos planteados durante el periodo de consulta pública, examinado todos los factores relevantes, y considerado todas las alternativas significativas al curso de acción finalmente escogido⁷¹.

⁶⁷ GARLAND (1985) p. 525

⁶⁸ *CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK V. VOLPE* (1971)

⁶⁹ *Ibid.*, p. 416 (traducción libre del autor)

⁷⁰ GARRY (2006) p. 155

⁷¹ GARLAND (1985) p. 527

En forma similar, Sunstein sostiene que la vertiente procedimental del *"hard look review"* comprende 4 requisitos centrales: el órgano debe ofrecer una explicación detallada de sus decisiones, justificar su alejamiento de prácticas pasadas, permitir una efectiva participación pública en el proceso regulatorio y dar adecuada consideración a posibles medidas alternativas⁷².

En lo que respecta a la dimensión sustantiva, el *"hard look review"* comprende dos elementos principales: *"primero, la exigencia de que los hechos establecidos por el órgano tengan soporte en el expediente; y segundo, el requisito de que la decisión final del órgano sea razonable, no solo mínimamente racional"*⁷³.

Mientras el requisito de la "racionalidad mínima" solo demanda que el órgano considere los hechos y explique su decisión, el test *"hard look"* requiere que el órgano los considere en forma "adecuada" y proporcione una explicación "razonada"⁷⁴.

Desde otra perspectiva, Virelli ha planteado que el *"hard look review"* puede ser descompuesto en dos clases de causales de impugnación⁷⁵.

Por una parte, se encuentran las causales de "primer orden" –construcción del expediente, motivación, calidad de los insumos y profundidad de la investigación–, que se enfocan en la auto-educación del órgano y en la recolección de antecedentes e información por parte de éste, operando como una suerte de prerrequisito para la actuación administrativa⁷⁶.

Por otra parte, las causales de "segundo orden" se vinculan con la elección por parte del órgano de los "factores relevantes" que influyen en su decisión final, y con la existencia de una "conexión racional" entre esa conclusión y los fundamentos que subyacen a la misma⁷⁷.

La indagación relativa a los "factores relevantes" puede presentarse en dos contextos: Cuando la ley habilitante los proporciona, la Corte revisora debe preguntarse si los factores en que se funda la decisión del órgano se corresponden con aquellos prescritos por la ley. Por el contrario, si el Congreso ha guardado silencio respecto de estos factores, la Corte debe decidir si la decisión del órgano respecto de los factores a considerar satisface el *"hard look review"*⁷⁸.

A su vez, la "conexión racional" supone determinar si la elección del órgano encuentra debidamente justificada por el mérito del expediente administrativo, o si es tan implausible que no puede ser atribuida a una diferencia de opinión o a la experticia del órgano⁷⁹.

⁷² SUNSTEIN (1983) p. 182

⁷³ GARRY (2006) p. 156 (traducción libre del autor)

⁷⁴ *Ibid*

⁷⁵ VIRELLI (2014) p. 738

⁷⁶ *Ibid*

⁷⁷ *Ibid*, p. 739

⁷⁸ *Ibid*, pp. 754-755

⁷⁹ *Ibid*, p. 758

3. La revisión judicial de las desregulaciones o los cambios de política

En *MOTOR VEHICLES MANUFACTURERS ASS'N V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO.*⁸⁰, la Corte Suprema de los Estados Unidos extendió la aplicación del “*hard look review*” a las desregulaciones.

STATE FARM decía relación con la derogación del requisito establecido en el *Modified Standard 208*, en orden a que todo vehículo producido con posterioridad al mes de Septiembre de 1982 debía contar con cinturones de seguridad automáticos o *airbags*.

En primer lugar, la Corte fue clara en rechazar la alegación de que la revisión judicial de las desregulaciones debía ser altamente deferencial, dada su identificación funcional con la revisión judicial de la inacción administrativa⁸¹.

Luego, en relación con el fondo del asunto, la Corte adoptó dos decisiones fundamentales.

En primer término, la Corte sostuvo que la derogación había sido arbitraria y caprichosa, toda vez que el órgano no consideró la alternativa de modificar el estándar para exigir la instalación obligatoria de *airbags*. La conclusión del órgano en el sentido que los cinturones de seguridad automáticos no proporcionarían los beneficios de seguridad anticipados –dado que se preveía que muchos usuarios removerían el mecanismo– no justificaba nada más que una modificación del estándar para impedir su cumplimiento por medio de un mecanismo que no proveería una protección efectiva a los pasajeros. Bajo ningún respecto arrojaba duda acerca de la necesidad de contar con alguna clase de mecanismo “pasivo” de seguridad o respecto de la efectividad de la tecnología *airbag*.

En segundo lugar, la Corte estableció que el órgano “*fue muy rápido en descartar los beneficios de los cinturones de seguridad automáticos*”⁸², dado que no tuvo en consideración las diferencias críticas entre cinturones manuales y cinturones automáticos, no articuló una base para exigir cinturones automáticos inamovibles y, consecuentemente, no proporcionó una conexión racional entre los hechos y la decisión.

En una decisión más reciente, *FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION V. FOX TELEVISION STATIONS, INC.*⁸³, la Corte Suprema de los Estados Unidos clarificó que *State Farm* “*ni sostuvo ni esbozó que toda acción administrativa que represente un cambio de política deba ser justificada por razones más sustanciales que aquellas requeridas para adoptar una política en primer término*”⁸⁴.

El caso involucraba un cambio en la política de la Federal Communications Commission (en adelante, “FCC”) hacia el lenguaje indecente.

⁸⁰ *MOTOR VEHICLES MANUFACTURERS ASS'N V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO.* (1983)

⁸¹ SUNSTEIN (1983) p. 195

⁸² *MOTOR VEHICLES MANUFACTURERS ASS'N V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO.* (1983), p. 51 (traducción libre del autor)

⁸³ *FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION V. FOX TELEVISION STATIONS, INC.* (2009)

⁸⁴ *Ibid*, p. 514 (traducción libre del autor)

Con arreglo a la política previa, para efectos de acoger una denuncia por lenguaje "indecente" fundada únicamente en la utilización de improprios no-literales, se requería un uso deliberado y repetido de los mismos.

No obstante, en 2004, la FCC decidió modificar su criterio, declarando por primera vez que el uso aislado de un improprio no-literal era suficiente para tener por establecida una acusación de indecencia.

Para la mayoría de la Corte, aunque el órgano debe mostrar consciencia del cambio en su posición y, por tanto, debe acreditar que existen buenas razones para la nueva política, "*no necesita probar que las razones para la nueva política son mejores que las razones para la antigua; es suficiente que la nueva política sea permisible bajo la ley respectiva, que haya buenas razones para ella, y que el órgano crea que es mejor, lo cual es demostrado adecuadamente por el cambio consciente de curso*"⁸⁵. En este contexto, el voto mayoritario concluyó que la FCC podía asumir razonablemente que la utilización aislada de un improprio tenía el potencial de causar daño a los telespectadores más jóvenes.

Por su parte, el disenso observó que las justificaciones brindadas por la FCC para su cambio de política no podían ser consideradas razonables, toda vez esas mismas explicaciones se encontraban a disposición del órgano cuando este resolvió adoptar su –más permisivo– criterio original⁸⁶.

4. El test de la "consecuencia lógica"

Finalmente, una faceta interesante de los procedimientos "*notice-and-comment*" en Estados Unidos es el denominado test de la "consecuencia lógica" ("*logical outgrowth*").

Aun cuando la APA no regula expresamente la relación que debe existir entre la propuesta normativa y el texto final de la regla, las Cortes estadounidenses han exigido un "nexo adecuado" basado en el requisito de notificación o aviso al público ("*notice*") contenido en el artículo 553 de la APA⁸⁷.

La circunstancia de que el público tenga una real oportunidad de participar a través de comentarios significativos depende en gran medida de la especificidad de la "*notice*" del órgano. Si la regla final difiere significativamente de la propuesta contenida en la notificación, la adopción de la regla sin dar lugar a una segunda ronda de comentarios podría menoscabar la participación pública⁸⁸.

A fin de decidir si una segunda ronda de comentarios es necesaria, las Cortes estadounidenses han desarrollado el test de la "consecuencia lógica". Si las Cortes determinan que la regla final, aun siendo diferente a la norma propuesta, es una "consecuencia lógica" del

⁸⁵ *Ibid*, p. 515 (traducción libre del autor)

⁸⁶ VIRELLI (2014) p. 759

⁸⁷ KANNAN (1996) pp. 215-216

⁸⁸ ROCHVARG (1981) p. 3

procedimiento “*notice-and-comment*”, la segunda ronda de comentarios no es necesaria. De lo contrario, la regla final es considerada inválida⁸⁹.

El problema con este test es que las Cortes han discrepado acerca de cuál es la “fuente” (“*source*”) que ha de considerarse a fin de establecer si la regla final cumple con el test de la “consecuencia lógica”.

Mientras algunas Cortes han sostenido que la fuente corresponde a la norma propuesta tal como fue publicada en el aviso de propuesta normativa, otras consideran que la fuente correcta es la fundamentación con que el órgano acompaña la publicación del referido aviso. Incluso se ha llegado a fallar que el test es satisfecho en la medida que la regla final sea una “consecuencia lógica” de los comentarios recibidos del público⁹⁰.

Cualquiera sea el caso, e incluso si el aviso es considerado “inadecuado”, algunas Cortes han estado dispuestas a confirmar la regla final sobre la base de lo dispuesto en el artículo 706 de la APA, que exige a la Corte revisora tener en consideración si el error ha sido perjudicial para el administrado.

Con arreglo a esta interpretación, la regla no será invalidada si la Corte considera que la existencia de una segunda ronda de comentarios no habría cambiado la versión final de la regla, o que las eventuales modificaciones no habrían tenido un impacto mayor en las industrias reguladas o en los consumidores⁹¹.

A la fecha, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha invalidado ninguna regla aplicando el test de la “consecuencia lógica”. Sin embargo, en *LONG ISLAND CARE AT HOME LTD. V. COKE*⁹², la Corte reconoció la validez y aplicabilidad del test.

En *LONG ISLAND CARE* la discusión versaba sobre una propuesta normativa del Departamento del Trabajo que interpretaba una excepción a las normas sobre salario mínimo y extensión máxima de la jornada de trabajo, contenidas en la *Fair Labor Standards Act* de 1938 (en adelante, “FLSA”). La norma propuesta excluía de dicha excepción (y, por tanto, sujetaba a las normas de la FLSA) a los trabajadores empleados por grandes compañías proveedoras de servicios de acompañamiento para adultos mayores (“*companionship services*”). No obstante, tras recibir comentarios adversos, el Departamento del Trabajo decidió retirar su propuesta.

Al efecto, la Corte resolvió que, dado que la norma propuesta era –precisamente– una mera proposición, su presencia solo implicaba que el Departamento del Trabajo estaba considerando el asunto y podía escoger finalmente entre mantener la propuesta o retirarla. En palabras de la Corte, “*No entendemos por qué dicha posibilidad [que la propuesta fuera retirada] no era razonablemente previsible*”⁹³.

⁸⁹ *Ibid*, p. 4

⁹⁰ *Ibid*, p. 9

⁹¹ *Ibid*, pp. 20-22

⁹² *LONG ISLAND CARE AT HOME LTD. V. COKE* (2007)

⁹³ *Ibid*, p. 175 (traducción libre del autor)

Por tanto, tras *LONG ISLAND CARE*, la regla parece ser que una segunda ronda de comentarios solo será requerida cuando los cambios incorporados en la regla final hayan sido realmente imprevisibles para aquellos interesados perjudicados por las modificaciones.

Como Beerman ha constatado, esta regla tiene mucho sentido económico, toda vez que no parece ser eficiente incentivar a todo posible beneficiario de una norma propuesta a comentar en favor de ella: "*los interesados debiesen ser incentivados a comentar solo cuando exista una posibilidad real de que la norma sea modificada en su perjuicio. No debiese esperarse que estos comenten cuando aquellos cambios no son razonablemente previsibles*"⁹⁴.

5. Lecciones de la experiencia Estadounidense

Como se desprende de la experiencia estadounidense, las Cortes que ejercen control judicial sobre los procedimientos de "*notice-and-comment*" deben balancear bienes jurídicos contrapuestos.

Por un lado, las Cortes son llamadas a tener en cuenta la legitimidad democrática del poder ejecutivo y la experticia técnica de los órganos administrativos.

Por el otro, existe un interés público en que las decisiones de esos órganos sean debidamente escrutadas, a fin de cautelar que ellas hayan sido adoptadas en forma transparente, abierta, informada y responsable⁹⁵.

Si los tribunales son excesivamente agresivos, existe el riesgo de que las decisiones de los órganos expertos sean sustituidas por las opiniones de los jueces, conduciendo a resultados carentes de legitimidad democrática y deficientes desde un punto de vista técnico⁹⁶.

Por el contrario, una deferencia excesiva puede ser perjudicial si queremos preservar la eficiencia administrativa, la competencia técnica y la responsabilidad política⁹⁷.

Tratando de encontrar un equilibrio, Rose-Ackermann y Jordão han sugerido que las Cortes "*(i) debiesen sujetar la substancia de las decisiones administrativas únicamente a un test de razonabilidad débil; y (ii) debiesen enfocarse en el procedimiento administrativo, principalmente reforzando un difundido deber de fundamentar las decisiones y asegurando la existencia de generosos derechos de participación*"⁹⁸.

No obstante, como es común en el Derecho Administrativo, la distinción entre substancia y procedimiento puede ser difícil de trazar en algunos casos, y la locación exacta de la frontera puede mutar de tiempo en tiempo en conformidad a la evolución del proceso legal y político.

⁹⁴ BEERMANN (2013) p. 9 (traducción libre del autor)

⁹⁵ Ver ROSE-ACKERMAN Y JORDAO (2014); ROSE-ACKERMAN et al. (2015)

⁹⁶ ROSE-ACKERMAN Y JORDAO (2014) p. 39

⁹⁷ *Ibid*, p. 72

⁹⁸ *Ibid*, p. 7 (traducción libre del autor)

VI. Las sentencias en comento a la luz de la experiencia estadounidense

Tal y como aparece de manifiesto del análisis precedente, las sentencias en comento comparten las mismas preocupaciones que condujeron a las Cortes estadounidenses a transformar el procedimiento de “*notice-and-comment*” en una “audiencia de papel”.

En este sentido, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental destaca la importancia del orden, la organización y la integridad del expediente administrativo, no solo como un prerequisite para el ejercicio de la revisión judicial, sino también como una garantía para que todas las partes interesadas tengan la posibilidad de revisar la evidencia documental relevante y la oportunidad de realizar comentarios significativos en base a la misma.

Adicionalmente, y a pesar de que el Derecho Administrativo chileno no consagra expresamente un estándar de revisión judicial análogo al “*arbitrary and capricious*” de la APA, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental se asemeja a un clásico “*hard look review*” estadounidense.

En efecto, a partir de su análisis, es posible constatar que esta abarca los 4 elementos procedimentales identificados por Sunstein⁹⁹, al fundar su decisión de anular la Norma MP10 sobre la base que el Ministerio:

- a. No ofreció una explicación detallada para su decisión de, por una parte, mantener el límite diario de 150 µg/m³ y, por la otra, derogar el límite anual de 50 µg/m³,
- b. No justificó su decisión de abandonar el criterio previo, con arreglo al cual, resultaba necesaria la existencia del límite anual de 50 µg/m³,
- c. No permitió una participación efectiva en el proceso regulatorio, y
- d. No consideró posibles medidas alternativas, como por ejemplo, incrementar o disminuir el límite diario de 150 µg/m³.

Asimismo, en lo que concierne a los componentes sustantivos del “*hard look review*”, tanto el Segundo Tribunal Ambiental como la Excma. Corte Suprema demostraron su disposición para anular una decisión que consideraron injustificada a la luz de la evidencia disponible en el expediente¹⁰⁰.

En particular, destaca a este respecto el ya citado considerando Quincuagésimo de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en que este recalca que los fundamentos y razones que justifican el establecimiento –o mantención– de una Norma Primaria de Calidad Ambiental deben (i) tener sustento en el proceso de dictación o revisión, y (ii) ser incluidos formalmente en los considerandos del decreto supremo.

Finalmente, en relación con la revisión judicial de las desregulaciones o cambios de política, el Segundo Tribunal Ambiental y la Excma. Corte Suprema anuncian un estándar

⁹⁹ SUNSTEIN (1983) p. 182

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 183

muy estricto, que parece más cercano a *STATE FARM* que a *FOX*, y que, en esencia, requiere una exigencia altísima de fundamentación para aquellos actos administrativos que pueden significar una disminución de la protección ambiental.

Un punto pendiente de resolución es si esta exigencia elevada de motivación resultará aplicable también respecto de aquellas normas ambientales que impliquen un aumento sustantivo del nivel de protección ambiental.

VII. Conclusión

Tras 20 años de revisión judicial deferente y restringida de las normas ambientales, los recién creados Tribunales Ambientales han lanzado un ataque a la deferencia, aplicando estándares mucho más demandantes para su control judicial¹⁰¹.

De esta forma, los Tribunales Ambientales están siguiendo el camino trazado por las Cortes estadounidenses a partir de la década de 1970, cuando decidieron transformar el procedimiento de "notice-and-comment" en una "audiencia de papel" y emplear el "hard look review" a efectos de asegurarse que los órganos de la Administración basaran sus decisiones en información relevante y explicaran adecuadamente la forma en que habían arribado a tales decisiones.

Dado que esta aproximación constituye una novedad en el Derecho Administrativo chileno, el análisis de la experiencia estadounidense arroja luces acerca de los aspectos legales involucrados, y de los objetivos e intereses en juego.

En particular, la experiencia estadounidense nos muestra cómo los Tribunales han debido balancear la legitimidad democrática y la deferencia técnica, con los debidos controles procedimentales, la transparencia y la participación pública.

La Corte Suprema, al confirmar la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, ha avalado este cambio de rumbo, ratificando su disposición a anular normas ambientales dictadas con arreglo al procedimiento de "notice-and-comment" que no estén debidamente sustentadas a la luz de la evidencia disponible, en el respectivo expediente administrativo¹⁰².

Sin embargo, está por verse si el "estándar más alto o exigente" de fundamentación exigido por la Excm. Corte será aplicado únicamente a aquellas normas ambientales que impliquen una "disminución de la protección ambiental", o se hará extensivo también a aquellos cambios de política que se traduzcan en normas ambientales que impongan un aumento sustantivo del nivel de protección ambiental.

¹⁰¹ Tal y como este mismo tribunal ya lo había hecho en el ámbito de las sanciones administrativas, dejando sin efecto las sanciones impuestas por la Superintendencia del Medio Ambiente en relación con el proyecto Pascua Lama (sentencia de fecha 3 de marzo de 2014, recaída en los autos Rol N°R-6-2014).

¹⁰² Esta decisión puede enmarcarse en el contexto del giro jurisprudencial experimentado desde 2009, cuando la Excm. Corte decidió comenzar a utilizar estándares de procedimiento administrativo para controlar la legalidad de las decisiones de la autoridad ambiental. Ver PIERRY (2012)

VIII. Referencias Bibliográficas

- AGÜERO, Francisco y CORDERO, Luis (2014): “*Amicus Curiae. Control Jurisdiccional de una Norma Primaria de Calidad Ambiental*” [en línea] [Fecha de última consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://regcom.cl/documentos-papers-e-informes/>
- ASIA PACIFIC ECONOMIC COOPERATION Y ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (2005): “*APEC-OECD Integrated Checklist on Regulatory Reform*” [en línea] [Fecha de última consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/34989455.pdf>.
- BEERMANN, Jack M. (2013): “*Rethinking Notice*”, Boston University School of Law Working Paper N°13-49 [en línea] [Fecha de última consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=234971>
- BEERMANN, Jack M. y LAWSON, Gary (2007): “*Reprocessing Vermont Yankee*”, en: *George Washington Law Review*, N°75: pp. 856-901.
- BIGNAMI, Francisca (2012): “*Comparative Administrative Law*”, GWU Legal Studies Research Paper N° 2012-115 [en línea] [Fecha de última consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2171307>
- BREYER, Stephen *et al.* (2011): *Administrative Law and Regulatory Policy*, Wolters Kluwer, 7º ed., New York City.
- CORDERO, Luis. (2012): “*Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*”, en: *Anuario de Derecho Público 2012*, Universidad Diego Portales: pp. 359-375.
- GARLAND, Merrick B. (1985): “*Deregulation and Judicial Review*”, en: *Harvard Law Review*, vol. 98, N°3: pp. 505-591.
- GARRY, Patrick (2006): “*Judicial Review and the “Hard Look” Doctrine*”, en: *Nevada Law Journal*, N°7: pp. 151-170.
- KANNAN, Phillip M. (1996): “*The Logical Outgrowth Doctrine in Rulemaking*”, en: *Administrative Law Review*, vol. 48, N°2: pp. 213-225.
- PEDERSEN, William F. (1975): “*Formal Records and Informal Rulemaking*”, en: *Yale Law Journal*, N°75: pp. 38-88.
- PIERRY, Pedro (2005): “*Concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo*”, en: *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N°13: pp. 71-82.
- ROCHVARG, Arnold (1981): “*Adequacy of Notice of Rulemaking under the Federal Administrative Procedure Act – When Should a Second Round of Notice and Comment be Provided*”, en: *American University Law Review*, N° 31: pp. 1-24.
- RODRIGO, Delia y ANDRES-AMO, Pedro (2006): “*Background Document on Public Consultation*” [en línea] [Fecha de última consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en <http://www.oecd.org/mena/governance/36785341.pdf>.

- ROSE-ACKERMAN, Susan *et al.* (2015): *Due Process of Lawmaking. The United States, South Africa, Germany and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ROSE-ACKERMAN, Susan y JORDAO, Eduardo (2014): "Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review", en: *Administrative Law Review*, vol. 66, N°1: pp. 1-72.
- SINAIKO, Evelyn R. (1975): "Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking", en: *California Law Review*, vol. 63, N°4: 886-925.
- SUNSTEIN, Cass R. (1983): "Deregulation and the Hard-Look Doctrine", en: *The Supreme Court Review*, vol. 1983: pp. 177-213.
- VIRELLI, Louis J. (2014): "Deconstructing Arbitrary and Capricious Review", en: *North Carolina Law Review*, N°92: pp. 721-786.

IX. Normas citadas.

Legales

- Ley N°19.300 del 9 de marzo de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N°19.880 del 29 de mayo de 2003, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- Ley N°20.600 del 28 de junio de 2012, que Crea los Tribunales Ambientales.

Reglamentarias

- Decreto Supremo N°93 del 26 de octubre de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.
- Decreto Supremo N°38 del 22 de julio de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.
- Decreto Supremo N°20 del 16 de diciembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10.

X. Jurisprudencia citada

Nacional

FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (2005): Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 2005, causa Rol N°2.185-2001.

FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ Y OTROS V. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 16 de diciembre de 2014, causa Rol N°R-22-2014.

LUIS MARIANO RENDÓN V. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (2001): Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de noviembre de 2001, causa Rol N°2215-2001.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE V. FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ Y OTROS (2015): Excma. Corte Suprema, 30 de septiembre de 2015, causa Rol N°1195-2015.

Extranjera

CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK V. VOLPE, 401 U.S. 402 (1971).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION V. FOX TELEVISION STATIONS, INC., 556 U.S. 502 (2009).

LONG ISLAND CARE AT HOME LTD. V. COKE, 551 U.S. 158 (2007).

MOTOR VEHICLES MANUFACTURERS ASS'N V. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO., 463 U.S. 29 (1983).

UNITED STATES V. FLORIDA EAST COAST RAILWAY, 410 U.S. 224 (1973).

VERMONT YANKEE NUCLEAR POWER CORP. V. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL, 435 U.S. 519 (1978).