

Derecho Administrativo Norteamericano: **Common Law, Jueces y Agencias, y Procedimiento Reglamentario¹**

Javier Mori Cockburn²

El Derecho Comparado es una manera sistematizada de estudiar el derecho positivo vigente en los diversos sistemas jurídicos, y sirve de herramienta para conocer las principales instituciones del Derecho en otras legislaciones. La importancia del derecho comparado radica en investigar las soluciones de problemas análogos a los nacionales en los distintos derechos para contar con mayores elementos de juicio para la adecuada solución de los mismos. Es así que en el presente artículo, Javier Mori, a través del análisis de casos concretos, trata de acercarnos a algunas de las principales figuras del Derecho Administrativo Anglosajón, las cuales pueden ser tomadas en cuenta para la "reflexión de situaciones y problemas que, en mayor o menor medida, ocurren también en nuestra realidad".

La aparición de los organismos administrativos probablemente ha sido la tendencia legal más significativa del último siglo y quizás hoy en día más valores son afectados por sus decisiones que por decisiones de las cortes.

Justice Robert H. Jackson^{3, 4}

Uno de los ámbitos del Derecho que en los últimos tiempos viene desarrollándose en nuestro país con más intensidad es el del Derecho Administrativo. Ello puede verificarse a partir del incremento en el número de cursos obligatorios y electivos que se dictan en las Facultades de Derecho, del número de artículos en revistas y libros publicados, de la incidencia de temas administrativos en los programas de maestría, de la conformación de círculos de estudio y asociaciones orientadas a tal área, entre otros.

Sin perjuicio de ello, no es ningún secreto para quienes se interesan o están vinculados al Derecho Administrativo que los referentes a nivel de derecho comparado suelen ser principalmente España, Italia, Alemania y Argentina, todos ellos países que forman parte de nuestra misma familia jurídica.

Son relativamente pocas o de muy poca difusión las obras o artículos en nuestro idioma que se hayan acercado al mundo anglosajón en un intento por hacer

un estudio comparado de las instituciones de Derecho Administrativo. Incluso en los casos en los que se hace referencia a la experiencia de países como Estados Unidos o Inglaterra, éstas suelen ser dispersas, poco precisas o indirectas.

En atención a ello, el objetivo del presente artículo es difundir algunos aspectos del Derecho Administrativo Norteamericano que he elegido por considerar interesantes, elección que es ciertamente arbitraria. Estos temas no agotan, ni remotamente, la temática, producción normativa, doctrinaria y jurisprudencial que es posible encontrar en dicho país. Debo advertir también que incluso respecto de los temas elegidos no pretendo agotar su discusión o análisis. Nuevamente, trato sólo de presentar de manera introductoria algunas instituciones, ideas o perspectivas en torno al Derecho Administrativo Norteamericano en el nivel federal y, eventualmente, hacer comentarios relacionados con nuestro sistema jurídico a modo de comparación y punto de partida para la reflexión.

¹ A mi esposa y a mis padres, por las razones que cada uno de ellos conoce bien y que sé que no necesito mencionar.

² Abogado, Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho por la Universidad de Texas (Austin).

³ Juez de la Corte Suprema Norteamericana entre los años 1941 a 1954.

⁴ Las traducciones del inglés de los textos o trabajos que aparecen en el presente artículo son libres y, por tanto, cualquier error al respecto es atribuible al autor.

I. El Derecho Administrativo Norteamericano (DAN): entre normas y Common Law

Uno de los aspectos que cualquier persona podrá notar al acercarse al DAN actual es que tiene una importante base normativa derivada tanto de la Constitución, como de las leyes norteamericanas. Sin embargo, ello no debe llevar a pensar que el rol del Common Law –entendido como Derecho emanado de decisiones judiciales– sea inexistente.

A diferencia de lo que ocurre con el Derecho de Contratos o de Propiedad, que fueron construidos sobre una clara base en decisiones judiciales, el DAN no es un campo tradicional en el que las decisiones judiciales hayan jugado el rol de fuente principal de creación jurídica. Sin embargo, ello no quiere decir ni que el Common Law no tenga presencia en el DAN, ni mucho menos que el rol de los jueces carezca de primordial importancia en este ámbito. Por el contrario, uno de los aspectos más relevantes, de mayor discusión y debate en el DAN es la denominada *judicial review* o revisión judicial, en este caso, de la actuación y decisiones administrativas.

Aunque probablemente pueda hacerse un estudio histórico de las instituciones de gobierno y organización administrativa desde la época colonial y durante el primer siglo de su periodo republicano, no es sino hasta finales del Siglo XIX que el desarrollo y estudio del DAN empieza a cobrar importancia. En efecto, suele considerarse a la aprobación de la Ley de Comercio Interestatal en 1887 como el inicio de la denominada *era administrativa* en el Estado Norteamericano. Esta norma creó la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) en 1887, que se considera como el primer antecedente de las modernas agencias regulatorias o *regulatory agencies*. Al respecto, Rabin⁵ reseña brevemente la importancia de este hito:

Un siglo atrás, cuando el Congreso estableció la Comisión de Comercio Interestatal, inició una nueva época de responsabilidades para el gobierno federal. Por primera vez, se aprobó un esquema legislativo nacional que generó una amplia gama de controles regulatorios sobre una industria vital para la economía nacional (los ferrocarriles). Además, la regulación fue encomendada a un mecanismo institucional virtualmente no probado en el escenario nacional, una comisión regulatoria independiente. La era moderna del gobierno administrativo había empezado.

Lo que siguió a la aprobación de esta Ley y la creación de la ICC fue un incremento muy marcado de regulación de actividades principalmente económicas y, con ello, el incremento también de la presencia de agencias federales en dichos mercados. Un elemento que dio un impulso más pronunciado a este incremento de la presencia del Estado en la economía fue el denominado *New Deal*⁶ bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt.⁷

A título de ejemplo sobre esta tendencia de incremento en la regulación es posible mencionar la emisión de leyes en ámbitos como los de alimentos y medicinas (1906), competencia desleal (1914), transporte marítimo (1920), proyectos hidroeléctricos (1920), radiodifusión (1927), mercado de valores (1934), mercado eléctrico (1935), relaciones laborales (1935), transporte terrestre (1935), transporte aéreo (1938), gas natural (1938), entre otros.⁸

Un aspecto importante para entender el desarrollo de esta *era administrativa* es tomar en consideración que la creación de la ICC constituye también un hito histórico para el ámbito de la regulación económica. En ambos casos, este hito no marca el punto de partida del DAN, ni el de la Regulación Económica, aunque sí produjo un importante impulso en el desarrollo de ambos campos.

Este hecho pone de manifiesto que en el sistema norteamericano existe una estrecha relación entre el DAN y la Regulación Económica. En efecto, no es extraño que el estudio de muchos temas propios del DAN esté relacionado con la actuación de agencias regulatorias. Sin embargo, esta vinculación no implica identidad aunque sí un importante grado de complementariedad entre ambas disciplinas.⁹

Luego de la creación de la ICC y el incremento en la creación y presencia de agencias federales en diversos ámbitos de la actividad privada, se produjo también un fenómeno de dispersión respecto de las formas, límites de actuación y mecanismos de impugnación de las decisiones de dichas agencias. Esta dispersión en el ordenamiento administrativo, que es producto de las leyes aprobadas principalmente durante la primera mitad del Siglo XX, determinó la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo en 1946 (APA).¹⁰

Una apreciación general sobre la relevancia de esta norma y los objetivos en torno a los cuales se orienta es realizada por McNollgast¹¹, en los siguientes términos:

5 RABIN, Robert. *Federal Regulation in Historical Perspective*. En: Stanford Law Review, Mayo 1986, Vol. 138, Pág. 1189 (38 Stan. L. Rev. 1189).

6 *New Deal* es el nombre con el que se identificó una serie de programas económicos implementados en la década de 1930 como respuesta al periodo de la Gran Depresión de finales de la década anterior y cuyo hecho más representativo fue la caída de la Bolsa de Nueva York en 1929.

7 Sin perjuicio de estar haciendo referencia directa a las agencias vinculadas a regulación económica (como es el caso de CCI), en el presente artículo me referiré en general a agencias federales, concepto amplio que abarca prácticamente todo tipo de entidades y autoridades administrativas (en materia de trabajo, agricultura, salud, educación, entre otras).

8 Enumeración tomada de CASS, Ronald, DIVER, Colin & BEERMAN, Jack. *Administrative Law: Cases and Materials*. Aspen Law & Business, New York, 2002, Pág. 4.

9 En el presente artículo trataré de abordar los temas desde una perspectiva principalmente de Derecho Administrativo aun cuando se hagan referencia a decisiones de agencias regulatorias o su revisión judicial.

10 Administrative Procedure Act (APA), 5 U.S.C. §§551-559, 701-706.

11 McCUBBINS, Mathew, NOLL, Roger & WEINGAST, Barry ("McNollgast"). *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*. En: Journal of Economics, Law and Organization, Abril 1999, Vol. 15, Pág. 180 (15 J. L. Econ. & Org. 180).

Puede afirmarse que la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) de 1946 es la norma legal más importante que gobierna la actuación de las agencias regulatorias federales. El APA estableció la reglas operativas básicas de las agencias regulatorias y articuló los principios de debido procedimiento para las personas que se encuentren dentro del proceso regulatorio. Así, esta norma sirvió para codificar, racionalizar, unificar, clarificar, y extender los procedimientos operativos a todas las agencias federales.

Entre los temas regulados por el APA pueden encontrarse normas que regulan los procedimientos formales e informales para la emisión de reglamentos y de actos administrativos (y dentro de éstas, medios probatorios, audiencias, medios de impugnación, etc.), ejercicio de potestad sancionadora, supuestos y ámbito de la revisión judicial de decisiones administrativas, entre otros. La amplitud de temas tratados en el APA determina que esta norma sea considerada como suerte de *constitución* en el ámbito administrativo antes que una ley, con normas lo suficientemente amplias como para permitir que, de una parte, el gobierno pueda implementar y ejecutar las leyes, pero al mismo tiempo con importantes mecanismos de protección a favor de los particulares.¹²

“La amplitud de temas
tratados en el APA
determina que ésta
norma sea considerada
como suerte de
constitución en el ámbito
administrativo(…)”

Sin perjuicio del rol central que el APA juega en el sistema jurídico administrativo, desde 1946 se han dictado leyes ordenando el ámbito de actuación de agencias federales tanto en diversos sectores o actividades económicas, como aquéllas que regulan transversalmente y con carácter general el accionar de las distintas entidades administrativas. Sobre estas últimas, cabe mencionar a título ilustrativo las siguientes leyes¹³:

- *Ley de Libertad de Información de 1967*.¹⁴ Esta norma establece la apertura de la información de las agencias federales al público y, por lo tanto, permite el acceso a la misma, salvo aquélla expresamente excluida.
- *Ley Nacional de Política Ambiental de 1969*.¹⁵ Esta norma establece la obligación de las agencias de tomar en consideración el impacto de sus decisiones sobre el medio ambiente antes de adoptarlas, incluyendo aspectos tales como los efectos negativos, los recursos que deberán comprometerse para reducir el impacto en caso se apruebe la decisión, alternativas a la decisión propuesta, entre otros.
- *Ley del Comité Consultivo Federal de 1972*.¹⁶ Esta norma obliga a que en caso las agencias federales cuenten con comités consultivos, éstos deben hacer pública la convocatoria a sus sesiones, sus actas y toda documentación cuyo acceso no se encuentre restringido por la Ley de Libertad de Información antes reseñada. Asimismo, dispone que las sesiones de estos órganos deben ser públicas, salvo que se declaren reservadas conforme a ley.
- *Ley de Sesiones Abiertas de 1976*.¹⁷ Esta norma obliga a que las sesiones de los órganos colegiados que están al frente de las agencias federales se realicen abiertas al público, salvo las excepciones previstas legalmente y que deben ser decididas por el propio órgano colegiado de acuerdo al procedimiento previsto para tal efecto.
- *Ley de Flexibilidad Regulatoria de 1980*.¹⁸ Esta norma obliga a las agencias a analizar y buscar reducir el impacto de sus reglamentos sobre las pequeñas empresas. Este análisis debe ser puesto en conocimiento del público previamente a la expedición del reglamento como parte del procedimiento de adopción del mismo.
- *Ley de Resolución de Conflictos Administrativos de 1990*.¹⁹ Esta norma abre la posibilidad de la utilización de medios alternativos tales como mediación, conciliación o arbitraje para la solución de controversias generadas a partir de la actuación de agencias federales.
- *Ley de Negociación Regulatoria de 1990*.²⁰ Esta norma abre la posibilidad de que los procesos de aprobación

12 MORRISON, Alan. *The Administrative Procedure Act: A Living and Responsive Law*. En: Virginia Law Review, Marzo 1986, Vol. 72, Pág. 254 (72 Va. L. Rev. 254)

13 Enumeración tomada de CASS, Ronald, DIVER, Colin & BEERMAN, Jack. *Op. Cit.*, Pág. 6.

14 Freedom of Information Act, 5 U.S.C. §552

15 National Environmental Policy Act, 83 Stat. 852.

16 Federal Advisory Committee Act, 5 U.S.C. app. 2.

17 Government in the Sunshine Act, 5 U.S.C. §552b. Esta ley federal es –conjuntamente con una serie de leyes estatales y la propia Ley del Comité Consultivo Federal– parte de las llamadas *open meeting laws* (denominación de la que deriva la traducción realizada). Dichas leyes buscan permitir el acceso público a las deliberaciones de estos órganos colegiados; ello en adición a los mecanismos ya previstos en otras normas como el libre acceso a la información y documentación que se encuentra en poder de la agencia o la audiencia pública a través de la cual los particulares pueden ser escuchados en los procedimientos.

18 Regulatory Flexibility Act, 5 U.S.C. §§603-604.

19 Administrative Dispute Resolution Act, 5 U.S.C. §§571-583.

20 Regulatory Negotiation Act, 5 U.S.C. §§561-570.

de reglamentos incorporen mecanismos previos de negociación con grupos privados que se encuentren relacionados con la materia de la reglamentación a aprobar.

- *Ley de Reforma del Mandato sin Fondos de 1995.*²¹ Esta norma obliga a que cuando las agencias federales aprueben reglamentación que imponga obligaciones de una magnitud determinada sobre los gobiernos estatales, los gobiernos locales y el sector privado, dichas agencias deban realizar un análisis de costos y beneficios que incluya, según el caso, los efectos sobre productividad, crecimiento económico, empleo, competitividad, salud, seguridad, medio ambiente, entre otros.
- *Ley de Revisión de Reglamentos por el Congreso de 1996.*²² Esta norma establece que toda reglamentación federal debe ser remitida al Congreso antes de su entrada en vigencia. Por su parte, el Congreso -a través de un procedimiento simplificado- tiene la posibilidad de revisar dicha norma y pronunciarse bien sea evitando su entrada en vigencia o derogándola, según el caso.

Tal como puede apreciarse, la Constitución, el APA y las leyes que regulan con carácter general o especial las agencias federales le dan una clara base normativa al DAN. Sin embargo, por tradición jurídica, el Common Law está lejos de no jugar un importante rol en este ámbito.

En efecto, es posible encontrar ámbitos de Common Law en temas tales como las condiciones para cuestionar judicialmente las decisiones de agencias administrativas, el funcionamiento de órganos colegiados, las reglas de actuación probatoria en procedimientos formales, la responsabilidad administrativa, el legítimo interés, entre otros.²³

Una apreciación superficial podría llevar a pensar que la relación entre la aplicación del DAN sobre base normativa y sustentada en el Common Law es sencilla: si hay norma aplicable se deja del lado el Common Law y viceversa. Sin embargo, la dinámica existente entre normas y decisiones judiciales como fuentes de creación de relaciones y situaciones jurídicas es bastante más compleja, producto de la tradición anglosajona y, con ésta, del también tradicional rol de las cortes en su sistema jurídico.

Sin duda alguna, ante vacíos legales las decisiones judiciales cobran importancia de primera línea. Pero

asumiendo que existieran normas a aplicar al caso en concreto, la labor de interpretación y creación judicial tendrá una relevancia que es inversamente proporcional al nivel de precisión y detalle de la ley en cuestión. Como se podrá apreciar a partir de los casos que se mencionan más adelante, no son pocas las leyes que regulan la actuación de las agencias federales en términos bastante amplios y alejados de la tendencia *reglamentarista* que es usual encontrar en sistemas jurídicos como el nuestro.

El caso del APA es un buen ejemplo de este tipo de normas, que son entendidas por Edley²⁴ como de textura abierta y que dejan amplios espacios para la interpretación e innovación judicial. A ello habría que agregar razones de tradición jurídica que mantienen la relevancia de las decisiones judiciales y que, a propósito del caso *Chevron* –comentado más adelante– son puestas en evidencia por Anthony²⁵ al referirse a la Corte Suprema:

Luego de 50 años del APA, muchas cosas deberían estar más claras de lo que están. Antes que eso, con frecuencia ocurre- como en el célebre caso *Chevro*, que la Corte deja de mencionar al APA, aún cuando dicha norma debería ser central para sus deliberaciones. Simplemente cita sus propias decisiones, y no se molesta en explicar el rol de esta norma. Quizás muy poco más pueda esperarse de una Corte que, en una época de leyes, aún tiene muchos hábitos propios del Common Law.

Ante este panorama resulta entonces evidente que el Common Law mantiene un rol importante en el DAN a pesar de su importante base normativa.

II. Jueces y Agencias Federales: El Caso *Chevron*

Uno de los aspectos que no ha escapado a los debates doctrinarios y las decisiones judiciales es la siempre compleja y delicada relación entre el rol de los jueces y las decisiones que adoptan las agencias federales como parte de la Administración Pública.

Este ámbito se encuentra marcado por la decisión de la Corte Suprema en el célebre caso *Chevron*²⁶ que constituye un importante hito en la definición de los poderes y ámbitos de actuación de los jueces y las agencias federales. Sin embargo, antes de entrar a la materia resuelta en dicho caso, me parece importante plantear previamente algunas ideas o conceptos que pueden permitir un mejor entendimiento del alcance de esta decisión y cuyo sentido se podrá ir apreciando a lo largo del presente artículo.

21 Unfunded Mandate Reform Act, 109 Stat. 48.

22 Congressional Review of Agency Rulemaking Act, 5 U.S.C. §§801-808. Esta Ley también es conocida bajo el nombre de *Contract with America Advancement Act*.

23 Adicionalmente, no es extraño encontrar en decisiones administrativas y en decisiones judiciales que las revisan, que se apliquen los principios del Common Law según la materia de los casos a resolver como ocurre respecto de decisiones que tengan relación con temas de propiedad, contratos, responsabilidad o empleo.

24 EDLEY, Christopher. *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*. Yale University Press, New Haven, 1990, Pág. 4.

25 ANTHONY, Robert. *The Supreme Court and the APA: Sometimes They Just Don't Get It*. En: *Administrative Law Journal of the American University*, Spring 1996, Vol. 10, Págs. 2-3 (10 Admin. L.J. Am. U. 2-3).

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

1) *Politics & Policy*

Cuando una persona se acerca al estudio del DAN y/o de la Regulación Económica, no es extraño encontrar la utilización de términos como *politics* ó *policy* que, si bien pueden traducirse en términos generales como *política*, suponen diferencias que deben ser tomadas en consideración con miras a relacionarlas con el ámbito de decisión de las agencias federales.

En nuestro idioma, el término *política* puede significar, entre otras cosas: (i) arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados o la actividad de quienes rigen o aspiran a regir los asuntos públicos; y, (ii) el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado, y las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado.²⁷

Asumiendo la imprecisión de la comparación entre inglés y castellano, podría asimilarse el término *politics* a la primera de las acepciones, es decir, la política como una actividad relacionada con el ámbito público; el mejor ejemplo en este sentido sería el de la actividad legislativa a cargo del Congreso. En el caso del Congreso, las decisiones (políticas) son adoptadas por mayoría, no requieren de fundamentación –no se sustentan necesariamente en razones objetivas o técnicas–, pueden suponer fórmulas negociadas o impuestas (por la mayoría) que dejen de lado intereses involucrados o los incorporen sin coherencia. Estas *decisiones políticas* responden a un proceso que, a pesar de su origen congresal, pueden generar la sensación de arbitrariedad precisamente por su falta de fundamentación y por estar sujetas a amplios estándares constitucionales.²⁸

De otra parte, el término *policy* podría asimilarse a la segunda acepción, se presenta a priori como de contenido neutro y puede abarcar ámbitos públicos o privados. En el ámbito privado podría hacerse referencia a la política de una empresa, mientras que en el ámbito público habría que hacer referencia a las denominadas políticas públicas (bien sean generales o sectoriales).

Dejando de lado el sector privado, en el ámbito público es de esperar –aunque lamentablemente no siempre ocurra– que las políticas públicas sean producto de una adecuada articulación de la actividad privada y pública hacia fines de interés público, es decir, deberían suponer análisis previo, identificar objetivos predeterminados y plantear estrategias para alcanzarlos.

Lo mencionado es consistente con las definiciones usuales que de tales términos están contenidas en el diccionario Merriam-Webster,²⁹ en el que el término *politics* es definido ampliamente como el arte o la ciencia del gobierno, mientras que del concepto *policy* recojo las dos siguientes acepciones: (i) curso o método definido de acción seleccionado entre diversas alternativas a la luz de determinadas condiciones con la finalidad de guiar y determinar decisiones presentes y futuras; y, (ii) un plan global de alto nivel que abarca objetivos generales y procedimientos aceptables, especialmente de un cuerpo gubernamental.

En relación con la identidad que he formulado entre *políticas públicas* y *policy*, es bueno tener en cuenta que en nuestro idioma el concepto suele relacionarse con la segunda acepción de *policy*, es decir, la definición amplia de las líneas de actuación del Estado; sin embargo, este concepto (*policy*) comprende tanto esos planes globales de acción, como decisiones específicas que van definiendo y, al mismo tiempo, siendo manifestaciones de esas líneas generales de actuación.

En atención a estos conceptos, podría afirmarse que el Congreso, a través de sus *decisiones políticas (politics)*, que se materializan en leyes, puede definir, limitar o configurar *políticas públicas (policy)*. Sin embargo, en el caso de las entidades de la Administración Pública lo que se debe esperar es la definición o ejecución, según el caso, de *políticas públicas (policy)*,³⁰ antes que adopción de *decisiones políticas (politics)*. Todo ello, además, respetando los parámetros constitucionales y legales vigentes que se derivan del principio de legalidad o juridicidad.

En tal sentido, es un lugar común en el DAN el entendimiento de que las agencias federales no solamente están en capacidad de definir las *políticas públicas* (a través tanto de reglamentos, como de decisiones concretas), sino que son éstas entidades las que deberían definir las dentro de los parámetros legales y constitucionales. Es este último punto el que es el centro de la discusión en el caso *Chevron*.

2) El Caso *Chevron*

En 1970 se promulgó la llamada Ley del Aire Limpio,³¹ norma que buscaba mejorar la calidad del aire a través de la implementación de estándares ambiciosos que debían ser implementados por los Estados y supervisados por la Agencia de Protección Ambiental (EPA). Este ambicioso plan debía cumplirse en un plazo

27 Acepciones tomadas del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (www.rae.es)

28 Ello no quiere decir que todas las decisiones del Congreso sean arbitrarias o carentes de tecnicismo. Lo único que pongo en evidencia es que el proceso mismo de adopción de tales decisiones –un proceso político– puede generar este tipo de decisiones por su propia configuración, es decir, esos resultados pueden ser lógica consecuencia de las reglas de juego a las que el Congreso somete sus discusiones y decisiones.

29 Definiciones tomadas de la página web de Merriam-Webster: <http://www.m-w.com/dictionary.htm>.

30 Se tratará de la ejecución o definición de políticas públicas por entidades de la Administración Pública dependiendo del tipo de facultades regladas o discrecionales (*ministerial/discretionary powers*) que se les hayan otorgado legalmente. En el caso norteamericano, como se señaló, es común encontrar que la actuación de las agencias federales se enmarca en leyes que dejan importantes ámbitos discrecionales de actuación.

31 Clean Air Act, 42 U.S.C. §57401.

de siete años, periodo que –como quedó en evidencia– resultó insuficiente y obligó al Congreso a aprobar modificaciones a dicha ley en 1977³² que, de una parte, ampliaban los plazos establecidos y, de otra, volvían más rígidos los requisitos a cumplir para la obtención de los permisos correspondientes para la modificación o construcción de nuevas fábricas, plantas industriales o cualquier otra *fuentes fija* (*stationary source*) de contaminación.

En este contexto fue que EPA aprobó la reglamentación que se cuestionaría en el proceso judicial³³ definiendo el concepto de *fuentes fija*, no como cualquier punto o lugar por el que una fábrica o planta industrial emite elementos contaminantes, sino considerando a la fábrica o planta en su integridad. Esta forma de entender dicho concepto es lo que se denominó como el *concepto burbuja*, aludiendo al símil de colocar una gran burbuja sobre toda la fábrica o planta industrial dejando un único escape para los elementos contaminantes.

“(…)la doctrina Chevron estableció una aproximación simple a un problema tradicionalmente complejo en Derecho Administrativo(…)”

El caso llegó a la Corte Suprema luego de que la Corte de Apelaciones declarara la nulidad del reglamento por considerar que el concepto de *fuentes fija* definido por EPA no guardaba coherencia con los fines previstos por la ley.

Ante este panorama, la Corte Suprema debía partir por analizar si el Congreso, a través de la referida Ley, se había pronunciado sobre este concepto o si de alguna manera había limitado las posibilidades de actuación de la EPA al respecto. Es sobre la base de ello que formuló lo que se conoce como la doctrina *Chevron*:

Cuando una corte revisa la construcción realizada por una agencia de una ley que le toca administrar³⁴, enfrenta dos problemas. Siempre en primer lugar está el problema de si el Congreso se ha pronunciado directamente sobre el tema específico en cuestión. Si la intención del Congreso es clara, es el fin de la discusión; la corte, al igual que la agencia, deberá ejecutar la clara voluntad del Congreso. Si, por el contrario, la corte determina que el Congreso no ha tratado directamente el asunto específico, la corte no debe imponer su propia construcción de la ley,

como sí sería necesario de no existir la interpretación administrativa. Ahora bien, si la ley guarda silencio o es ambigua en relación con el tema específico, el problema para la corte es determinar si la actuación de la agencia está basada en una construcción permisible de la ley.³⁵

Tal como puede apreciarse, la doctrina *Chevron* puede suponer dos momentos o pasos en el análisis a realizar. El primer paso está relacionado con la determinación de si el Congreso, de alguna manera, se pronunció o no en relación con el tema en cuestión. El segundo paso supone la falta de pronunciamiento del Congreso y determina que la corte deba realizar el análisis de razonabilidad de la decisión administrativa.

Sobre la base de dicha formulación, en el caso concreto la Corte Suprema hizo una detallada revisión del texto de la Ley, de la historia anterior a su entrada en vigencia, de los documentos en los que constan las discusiones para su aprobación, entre otros, para concluir señalando que el Congreso no se pronunció directamente sobre el concepto de *fuentes fija* y que no pudo identificar elemento alguno que pueda servir como base para forzar a la EPA a aplicar tal concepto a cada elemento contaminante de una planta industrial en lugar del concepto global que fuera efectivamente adoptado (Paso Uno). Adicionalmente, la Corte suprema consideró que el planteamiento de EPA respecto de este *concepto burbuja* constituía una opción razonable o una construcción permisible dentro del marco establecido por la Ley (Paso Dos). Como consecuencia de ello, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones que anulaba este extremo del reglamento aprobado.

Tal como señala *Pierce*,³⁶ la doctrina *Chevron* estableció una aproximación simple a un problema tradicionalmente complejo en Derecho Administrativo como es el ámbito o alcance de la revisión judicial de la actuación de las agencias federales. Dicha aproximación implica una clara deferencia en favor de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa.

La deferencia de los jueces a favor de las agencias federales puede ser analizada también desde una perspectiva distinta. La decisión *Chevron* supone una toma de posición en la relación entre el Congreso y las agencias federales, aspecto que queda en evidencia cuando la Corte señala que:

Si el Congreso ha dejado expresamente un vacío a ser llenado por la agencia, existe una delegación expresa de competencia a favor de la agencia con la finalidad de que sea definido por vía reglamentaria. Tal reglamento no podrá cuestionarse a menos que sea arbitrario, caprichoso, o manifiestamente contrario a la ley. Algunas veces la

32 Clean Air Act Amendments of 1977, Pub. L. 95-95, 91 Stat. 685.

33 40 CFR §§ 51.18(j)(1)(i)-(ii) (1983)

34 El término *construcción* implicaría en general cualquier decisión adoptada por la agencia sobre la base de dicha ley. En el caso *Chevron* se trata de la definición por vía reglamentaria (*concepto burbuja*) del término *fuentes fija* antes referido. Sin embargo, nada obsta para que dicha *construcción* pueda referirse también a la interpretación/aplicación directa y específica de la ley a un caso concreto.

35 467 U.S. 837, 842-843.

36 PIERCE, Robert. *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*. En: *Vanderbilt Law Review*, Marzo 1998, Vol. 41, Pág. 302 (41 Vand. L Rev. 302).

*delegación legislativa en favor de la agencia puede ser implícita antes que explícita. En tal caso, una corte no puede sustituir su propia construcción de la ley en lugar de la razonable interpretación adoptada por la agencia.*³⁷

En consecuencia, esta decisión se construye sobre la base de los elementos de delegación (Congreso – Agencias Federales) y de deferencia (Jueces – Agencias Federales) que vienen a ordenar la relación entre el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, en lo que a la actuación administrativa se refiere.

En este contexto que puede entenderse de una manera más clara el concepto de *policy*. El caso *Chevron* supone entonces que pudiendo los jueces haber asumido el rol de definir las políticas que deben sustentar la aplicación de las leyes (*policymaking*) y decidir los casos sobre tal base, como ocurre regularmente en caso de conflictos de orden privado, se optó por dejar dicho rol en manos de las agencias federales, siempre bajo parámetros de razonabilidad. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que esta deferencia está condicionada en primer lugar a la actuación del Congreso, quien puede, a través de sus leyes, restringir o dejar espacios amplios o estrechos de actuación administrativa.

No voy a tratar el problema de la delegación legislativa, que cuenta con una larga y compleja historia en el DAN,³⁸ sin embargo el concepto de delegación implícita constituye una ficción legal judicialmente creada sobre la que se apoya la deferencia de los jueces ante las decisiones administrativas. La delegación implícita se reconoce a partir del silencio del Congreso en la ley aprobada respecto del tema específico en cuestión. Sobre el particular, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

En estos casos, la interpretación de la Administración representa una razonable articulación de los intereses que compiten de manera manifiesta y merece deferencia: el esquema regulatorio es técnico y complejo, la agencia consideró el asunto de una manera detallada y razonada, y la decisión reconcilia políticas [policies] en conflicto. El Congreso intentó articular los intereses, pero no lo hizo con el nivel de especificidad presentado en estos casos. Quizás dicho organismo [el Congreso] concientemente decidió que sea la Administración la que encuentre

*el justo equilibrio, asumiendo que aquéllos con gran conocimiento y experiencia y que están a cargo de administrar la norma estarían en una mejor posición para hacerlo; quizás simplemente no se consideró el asunto a este nivel; o quizás en el Congreso no se pudo llegar a un acuerdo y se decidió asumir el riesgo de que el tema fuese definido por la agencia. Para efectos judiciales, carece de importancia cuál de estos supuestos ocurrió.*³⁹

La ficción legal mencionada queda en evidencia en particular si, como señaló la Corte Suprema, dicho silencio podría haberse originado en el supuesto en que el Congreso ni siquiera consideró el tema al momento del debate y discusión previa. Ahora bien, el análisis específico de la decisión de la EPA, que supone la referida articulación de los intereses involucrados (*policymaking*) con razones a favor y en contra del concepto de *fente fija* de contaminación (que son expuestas en la decisión bajo comentario), es un aspecto que recae en el ámbito del Derecho de Medio Ambiente y, por lo tanto, excede el ámbito del presente artículo.

Sin perjuicio de ello, un aspecto que merece la pena resaltar es el hecho que la EPA en años anteriores a la aprobación de la reglamentación cuestionada, había utilizado un concepto dual de *fente fija* (es decir, aplicación en algunas áreas *concepto burbuja* y, en otras, consideración independiente de cada elemento de contaminación de una planta industrial) de acuerdo a una serie de criterios como eran, por ejemplo, si se trataba de un área en la que debía reducirse el nivel de contaminación o una en la que el nivel de contaminación era aceptable y simplemente debía mantenerse; o si el Estado hubiera cumplido con ciertos requisitos contenidos en la norma y hubiese obtenido la aprobación por la EPA de su plan de implementación de estándares. Pero además de ello es interesante tomar en cuenta que al momento de adoptar ese concepto dual, EPA señaló que ésa era la intención del Congreso al promulgar la ley (tratamiento diferenciado).⁴⁰

Estos hechos son también relevantes porque en ciertos casos la actuación previa de las agencias federales es considerada como vinculante al momento de resolver

37 467 U.S. 837, 843-844.

38 Hacer una presentación del problema de la delegación legislativa probablemente requeriría un artículo entero dedicado al mismo. En efecto, en este tema los jueces norteamericanos han tenido que enfrentar el ejercicio de las facultades de agencias administrativas (principalmente las de reglamentación, aunque también las de solución de conflictos) a la luz de su esquema constitucional tripartito de poder que parece no reconocerlo. La delegación legislativa es una materia usualmente estudiada a través de la llamada doctrina de la no delegación (*nondelegation doctrine*) cuya historia se remonta a la primera mitad del siglo XIX a partir de casos como *The Brig Aurora*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813) y *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825); continúa con *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892) y *Hampton & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928); y, alcanza su punto más crítico en la época del *New Deal* con *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) y *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), en los que la Corte Suprema declaró la nulidad de normas que eran centrales para el programa de Roosevelt sobre la base de que el Congreso había delegado indebidamente en el Ejecutivo sus poderes normativos sin límites significativos, (situación que afectaba el esquema constitucional de división de poderes). Dichas decisiones generaron un conflicto de poder que incluso motivó una propuesta para incrementar el número de miembros de la Corte Suprema, alterando así su conformación y correlación de pesos internos (es decir, una Corte con una clara posición a favor del *New Deal*). Aunque dicha propuesta nunca llegó a materializarse, revelaba una crisis política que era particularmente complicada al ocurrir en el marco de una seria crisis económica y social. Estos dos últimos casos han sido los únicos en la historia judicial norteamericana en los que se han anulado leyes en razón de considerarlas indebidas o excesivas delegaciones de poderes legislativos por parte del Congreso. Las decisiones posteriores a 1935 parecen señalar que la Corte Suprema habría dejado de lado la doctrina de la no delegación; sin embargo, 45 años después, en el célebre caso *Industrial Union Dep., AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980), más conocido como el caso *Benzene*, la Corte Suprema, si bien no anula la reglamentación materia del proceso, hace referencia expresa al caso *Schechter* antes mencionado y a la potencial aplicación de la doctrina de la no delegación. En tal sentido, antes que haber sido dejada de lado, esta doctrina parece permanecer *dormida*.

39 467 U.S. 837, 865

40 Hay que reconocer también que entre las razones que EPA esgrimió para utilizar el concepto dual se hizo referencia a decisiones previas de la Corte de Apelaciones en ese sentido.

controversias.⁴¹ Pero no es éste el caso. Al respecto, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

El hecho que la agencia cambie de tiempo en tiempo la interpretación del término fuente no nos lleva a concluir, tal como ha sido alegado, que no deba darse deferencia a la misma. Una interpretación inicial no se convierte instantáneamente en algo esculpido en piedra. Por el contrario, la agencia, al momento de proceder a reglamentar, debe considerar diversas interpretaciones y la prudencia de su política [policy] en forma continua. Además, el hecho que la agencia haya adoptado diferentes definiciones en diferentes contextos refuerza el argumento que la definición es flexible en sí misma, particularmente si el Congreso no ha desaprobado de una lectura flexible de la ley.⁴²

La posibilidad de que la política de la agencia vaya cambiando en el tiempo bajo el mismo marco legal sin duda plantea problemas y amplios retos, en particular para el caso de entidades administrativas respecto de las que se espera cierto nivel de independencia y carácter técnico, como es el caso del INDECOPI y los Organismos Reguladores en nuestro país.

Por ejemplo, respecto del INDECOPI, en los últimos años se han producido cambios en los criterios para resolver casos como los relativos a acuerdos de precios entre empresas, abandonándose la denominada *Regla Per Se* o de responsabilidad objetiva,⁴³ o en casos de publicidad comparativa en los que actualmente se considera ilegal la realización de afirmaciones de carácter subjetivo.⁴⁴ Cambios como los mencionados se han decidido sin que haya variado el marco legal en materia de libre competencia o publicidad comercial, situación que resulta similar a lo ocurrido en el caso *Chevron* en el que se pasó del concepto dual al *concepto burbuja* sin modificación en la ley correspondiente.

En el caso de los Organismos Reguladores, podría señalarse un ejemplo análogo en relación con OSITRAN. Legalmente se ha atribuido a dicha entidad la facultad de interpretar los contratos de concesión cuya supervisión es de su competencia. En el caso de las concesiones ferroviarias se ha establecido en los contratos de concesión un mecanismo de reconocimiento de inversiones en la infraestructura ferroviaria con la finalidad de que el concesionario pueda liberarse total o parcialmente del pago por concepto de retribución al Estado. El cambio en la aplicación de dicho mecanismo es el relativo al reconocimiento de la inversión en maquinaria destinada a la vía: originalmente se reconocía la totalidad del valor de dicha maquinaria y

equipo ferroviario al momento de la adquisición de los mismos, mientras que actualmente se ha establecido como criterio el reconocimiento progresivo de dicha inversión sobre la base de la utilización efectiva de tales bienes en la infraestructura.⁴⁵ En estos casos, las cláusulas contractuales (que no se pronuncian específicamente sobre la manera en que debe reconocerse esta inversión) no han variado, pero sí el criterio de la agencia a través del cual se implementa la misma.⁴⁶

Tal como se mencionó, la doctrina *Chevron* supone un esquema de análisis a través de dos niveles o pasos. Tales pasos, si bien parten de una formulación sencilla, pueden llegar a involucrar importantes grados de complicación al momento de aplicarlos al caso concreto. A continuación expongo algunas de esas complicaciones.

El Paso Uno implica determinar si el Congreso, a través de la ley correspondiente, se ha pronunciado o, de alguna manera, establecido parámetros que limiten la discreción de la agencia. En caso el Congreso se hubiese pronunciado expresa y específicamente sobre la orientación y forma en que debe implementarse la ley, el problema se reduce a seguir la dirección marcada a través del acto legislativo. Sin embargo, no es extraño encontrar supuestos en los que los términos contenidos en la ley o los principios que la inspiran sean amplios y bastante imprecisos. Es en este punto en que se suele recurrir a una serie de técnicas de interpretación que pueden incluir elementos como la finalidad de la norma, la razonabilidad, el análisis sistemático, recurrir a documentos tales como las exposiciones de motivos, las modificaciones incorporadas a la ley (supresión, inclusión o modificación de términos) entre muchas otras.

Identificar entonces si el Congreso se ha pronunciado en un determinado sentido para, al mismo tiempo, excluir una o más opciones de implementación a cargo de la agencia, puede terminar siendo una labor extremadamente complicada. Ello incluso va a depender del tipo y profundidad de análisis que los jueces estén dispuestos o en capacidad de realizar. Al respecto, es interesante tener en cuenta lo señalado por Pierce, quien opta por oponerse, bajo la lógica de la doctrina *Chevron*, a elaboradas interpretaciones para encontrar esa voluntad legislativa. Al respecto, dicho autor señala lo siguiente:

El Congreso típicamente deja una serie de temas de política pública [policy issues], incluyendo los más importantes, para ser resueltos por alguna otra institución del gobierno. El Congreso realiza esto a través de algunas

41 Usualmente se estudia este tipo de supuestos bajo la denominada doctrina del *Regulatory Estoppel*. Para un estudio específico sobre dicha materia: RAVEN-HANSEN, Peter. *Regulatory Estoppel: When Agencies Break Their Own "Laws"*. En: Texas Law Review, Agosto 1985, Vol. 64, Pág. 1 (64 Tex. L. Rev. 1).

42 467 U.S. 863-864

43 Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003 emitida en el procedimiento iniciado por la Comisión de Libre Competencia en contra de la Asociación Peruana de Empresas de Seguro y otras.

44 Resolución N° 0547-2004/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2003 emitida en el procedimiento seguido por The Coca Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C. y otra.

45 Resolución de Consejo Directivo N° 001-2006-CD-OSITRAN del 12 de enero de 2006 que aprobó el Reglamento Aplicable al Mecanismo de Liberación del Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en las Concesiones Ferroviarias del Centro y del Sur y Sur Oriente.

46 A diferencia con el caso *Chevron* y los ejemplos del INDECOPI, OSITRAN está actuando para definir la aplicación de cláusulas de contratos de concesión y no de una ley del Congreso. Es por tal razón que señalo que se trata de un caso análogo.

técnicas de redacción de la norma, incluyendo el uso de estándares vacíos, enumeración de fines sin prelación, y estándares contradictorios. Así, el Congreso decide no resolver muchos de estos temas a través del uso de un lenguaje del cual no es posible extraer una definición significativa y su aplicación.

Cuando una corte "interpreta" los términos imprecisos, ambiguos o conflictivos de una norma de una manera particular, la corte está decidiendo estos aspectos [policy issues]. Las cortes frecuentemente resuelven estos temas a través de un proceso que aparenta ser una interpretación pero que de hecho no lo es. A falta de un mejor término, me referiré a este proceso como de interpretación "creativa".⁴⁷

La propia decisión *Chevron* parece estar alineada con la opinión de Pierce al no considerar legítima la interpretación *creativa*. En efecto, la decisión de la Corte de Apelaciones impugnada parte del reconocimiento que la amplitud de los términos de la ley respecto del concepto de *fuentes fijas* admite tanto el tratamiento dual previamente adoptado por EPA como el cuestionado *concepto burbuja*. Sin embargo, reconoce también que uno de los fines del sistema de permisos contemplados en la ley era el de mejorar la calidad del aire en áreas con estándares por debajo de los parámetros establecidos. En atención a dicha finalidad, la Corte de Apelaciones consideró que el *concepto burbuja* no era admisible respecto de áreas en las que era necesario mejorar el estándar de calidad del aire.

Por su parte, la Corte Suprema rechaza dicha interpretación principalmente sobre la base del propio reconocimiento de la Corte de Apelaciones de que la ley no era clara en limitar o adoptar un concepto rígido de *fuentes fijas*. Aunque no lo dice en tales términos, la Corte Suprema no acepta la interpretación *creativa* de la Corte de Apelaciones, interpretación que definiría la política pública (*policy*) en esta materia.

Sobre este tema, es interesante tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico los fines legalmente establecidos y los fines de interés público que deben regir la actuación de las entidades de la Administración Pública se encuentran expresamente contemplados como límites al ejercicio de la función administrativa. En efecto, de una parte, el principio de legalidad contemplado en la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁸ establece, entre otras cosas, que el ejercicio de las funciones por las entidades administrativas debe respetar los fines para los cuales dichas funciones han sido conferidas. Por su parte, el principio de razonabilidad⁴⁹ dispone que las decisiones de las entidades administrativas, además de enmarcarse en las facultades legalmente atribuidas, deben guardar la debida proporción entre los medios a utilizar y los fines que se pretenden tutelar. En este contexto es

que deberá evaluarse qué tan *creativos* deberían ser nuestros jueces al momento de pronunciarse sobre las decisiones adoptadas por entidades administrativas.

"(...)las decisiones de las entidades administrativas, además de enmarcarse en las facultades legalmente atribuidas, deben guardar proporción entre los medios a utilizar y los fines que se pretenden tutelar."

Puede apreciarse entonces que el Paso Uno en el esquema de análisis puede enfrentar una serie de problemas y no es sencillo saber de antemano cuál será su resultado, exceptuando por cierto aquellos casos en los que existiera un pronunciamiento expreso y preciso de parte del Congreso. Sin perjuicio de ello, vista en su conjunto, la doctrina *Chevron* apunta precisamente a generar un ámbito de seguridad en favor de la agencia, respaldada por la deferencia judicial respecto de las decisiones administrativas.

Por su parte, la complejidad del Paso Dos resulta más que evidente. Asumiendo el silencio de parte del Congreso y, con ello, la existencia del ámbito de discrecionalidad de la agencia, queda por definir si la construcción realizada por ésta es permisible o razonable. No me voy a detener a analizar los problemas que están involucrados en el control de la discrecionalidad de la Administración Pública por los jueces en el sistema norteamericano; sin embargo, es pertinente señalar que el control de la razonabilidad se vincula con uno de los estándares de revisión judicial previstos en el APA, a través del cual se pueden anular las decisiones de las agencias calificadas como *arbitrarias* y *caprichosas*.

Con la finalidad de tener una idea o aproximación general a la aplicación del referido estándar, cabe citar un pronunciamiento de la Corte Suprema en el que se trata específicamente este supuesto:

El ámbito de revisión bajo el estándar "arbitrario y caprichoso" es estrecho, no pudiendo la corte sustituir su juicio por el de la agencia. Sin embargo, la agencia debe examinar toda la información relevante y articular una explicación satisfactoria para sus acciones incluyendo una conexión racional entre los hechos identificados y la elección realizada. En la revisión de esa explicación, debemos considerar si la decisión se basó en la evaluación de los factores relevantes y si ha existido o no un claro error de juicio. Normalmente, la reglamentación de una

47 PIERCE, Robert. *Op. Cit.*, Pág. 305.

48 Previsto en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

49 Previsto en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

*agencia será arbitraria y caprichosa si la agencia se ha basado en factores que el Congreso no quiso que fuesen considerados, o cuando [la agencia] ha fallado enteramente en considerar un aspecto importante del problema, o [la decisión] es impracticable al extremo que no pueda atribuirse a una diferente perspectiva producto de la experiencia de la agencia. La corte revisora no debe intentar por sí misma subsanar tales deficiencias: no debemos proveer el fundamento razonado para la actuación de la agencia si ésta no puede darlo por sí misma.*⁵⁰

Los términos en los que la Corte Suprema enmarca el análisis de razonabilidad, estableciendo en éste el rol que le corresponde jugar tanto a los jueces como a las agencias, pone de manifiesto el grado de dificultad involucrado al momento de concretarlo en un caso específico.

Resulta evidente entonces que la aparentemente simple formulación del caso *Chevron*, a través de los dos pasos antes referidos, es bastante más complicada de implementar de lo que a primera vista podría pensarse. Sin embargo, no hay que pensar que las dificultades se agotan en ese nivel.

En efecto, luego de evaluar los pronunciamientos de la Corte Suprema en algunos casos posteriores, Merrill y Hickman⁵¹ introdujeron a la discusión de la doctrina *Chevron* lo que llamaron el *Paso Cero*, es decir, un nivel de análisis previo a los dos pasos mencionados con la finalidad de definir si el esquema *Chevron* es aplicable al caso en cuestión. Ello no implica negar la vigencia de esta doctrina, aunque lleve implícito limitar su ámbito, sino simplemente cuestionar y tratar de definir si existen supuestos generales a los que no les sea de aplicación.

Al respecto, dichos autores formularon catorce preguntas orientadas a identificar supuestos en los cuales habría que decidir si tal esquema analítico es aplicable o no. Simplemente, a título de ejemplo, se preguntaron si la doctrina *Chevron* es aplicable a: casos en los que la agencia carezca de potestades normativas; casos en los que la ley a implementar sea aplicada por más de una agencia; casos en los que la ley a implementar es aplicable al ámbito de una agencia por una remisión normativa operada a partir de las normas directamente relacionadas con dicha agencia que disponen tal remisión; casos en los que se interprete el alcance de la ley que define el ámbito de competencia de la agencia; casos en los que se tenga que definir aspectos de orden constitucional; entre otros.

Son las respuestas a preguntas como las formuladas las que definirán si la doctrina *Chevron* es omnicompreensiva o si tendrá un ámbito de aplicación más reducido.

Al comenzar el comentario del caso *Chevron*, mencioné que se trataba de una importante decisión en el DAN. En este punto, y más allá de la valoración que diversos autores puedan realizar sobre el tema resuelto y la forma en que actuó la Corte Suprema, es interesante considerar dos aspectos de orden cuantitativo que para la doctrina norteamericana ponen en evidencia el impacto generado por la decisión: el número de veces que la decisión es citada y el efecto generado sobre subsecuentes decisiones en atención a su contenido.

Sobre el primer elemento, Sunstein⁵² señala que una búsqueda realizada en el mes de marzo de 2005 a través de la base de datos de Lexis arrojó como resultado que el caso *Chevron* fue citado 7233 veces desde que se adoptó la decisión (1984) hasta el mes de enero de 2005.⁵³ La cifra total antes señalada pone en evidencia que este caso constituye un referente necesario al momento de enfrentar el cuestionamiento y análisis judicial de las decisiones adoptadas por las agencias federales.

Un segundo criterio relacionado con el contenido mismo de este caso, implicaría evaluar el elemento central de esta decisión, es decir, la deferencia de parte de los jueces en favor de las decisiones de las agencias federales y el impacto generado en subsecuentes decisiones judiciales. Al respecto, Schuck y Elliot⁵⁴ realizaron un estudio de alrededor de 2000 decisiones de cortes federales de apelación encontrando que en el periodo inmediato posterior a la decisión (1984-1985) el número de las decisiones judiciales que confirmaron actuaciones de las agencias federales se incrementó de 70,9% a 81,3%.

Elementos como los mencionados permiten en conjunto dar una idea de la importancia que la doctrina *Chevron* ha tenido en el DAN en términos reales. Sin embargo, la exposición del caso está lejos de agotar la discusión de los temas involucrados que, en última instancia, tienen que ver con la manera en que se debe articular el poder público en la siempre complicada relación entre la judicatura y la burocracia.

Qué duda cabe que, más allá de una evaluación sobre su impacto, el caso *Chevron* involucra materialmente un tema de fundamental preocupación. No obstante ello, existe una gran cantidad de aspectos bastante más específicos en el DAN, sin que por ello dejen de tener importancia e impacto directo en los ámbitos

50 Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Ins. Co., 463 U.S. 29, 43 (1983)

51 MERRILL, Thomas & HICKMAN, Kristin. *Chevron's Domain*. En: Georgetown Law Journal, Abril 2001, Vol. 89, Pág. 833 (89 GEO. L. J. 833).

52 SUNSTEIN, Cass. *Chevron Step Zero*. En: Virginia Law Review, Abril 2006, Vol. 92, Pág. 1 (92 Va. L. Rev. 1)

53 Específicamente señala que durante su primera década de existencia el caso fue citado 2414 veces, en los siguientes seis años fue citado 2584 veces y en los siguientes cinco años fue citado en 2235 oportunidades.

54 SCHUCK, Peter & ELLIOTT, Donald. *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*. En: Duke Law Journal, Noviembre 1990, Pág. 984 (1990 DUKE L. J. 984).

público y privado. A continuación trataré dos de esos temas específicos.

III. Procedimiento Reglamentario: Dos Casos a Considerar

1) Procedimiento y Reglamento

Siempre me ha quedado la sensación general que, en nuestro sistema jurídico, procedimiento administrativo y reglamento son conceptos que no se suelen relacionar. En efecto, basta revisar la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para constatar su clara vinculación con una forma de actuación de la Administración Pública distinta al reglamento: el acto administrativo.⁵⁵

Incluso si consultamos las obras o tratados generales en este ámbito es posible encontrar que no solamente procedimiento y acto administrativo están claramente vinculados, sino también que el estudio y referencias al reglamento y al poder de reglamentación suelen realizarse al momento de estudiar las fuentes del Derecho Administrativo y la actividad administrativa de limitación o de policía. Pareciera que por tradición solemos estudiar al reglamento como un producto, como un resultado, y que la actividad previa que lo genera fuese algo ajeno que no debería estudiarse, normarse u ordenarse.

Sin embargo hay que reconocer que en los últimos años es posible identificar en la práctica administrativa algunos elementos relacionados con el procedimiento de adopción de reglamentos. Así, y sin perjuicio de no ser aún la regla, no resulta extraño encontrar la publicación de proyectos de reglamento y el llamado al público para la formulación de comentarios y sugerencias. De igual manera, en algunos casos se publican exposiciones de motivos y matrices de comentarios. Todos estos elementos exceden claramente al reglamento como producto y revelan precisamente esa etapa o actividad previa a su aprobación. Son elementos importantes pues de alguna manera su incorporación a la práctica por algunas entidades administrativas supone cambiar la manera tradicional de aprobar reglamentos. Sin embargo, vistos en su conjunto, tienen un alcance muy limitado y carecen aún de mayor significación.

Sobre este punto, existe un tema y discusión previa que pasa por definir si debería o no existir un procedimiento con carácter general para la emisión de reglamentos. Éste es un tema en el que no voy a ingresar en atención al ámbito del presente artículo; sin embargo, presentar la perspectiva general del DAN al respecto y

profundizar en algunos de sus elementos específicos puede poner sobre la mesa elementos que aporten a dicha discusión.

2) El Modelo Bipolar de Actuación Administrativa y sus Respectivos Procedimientos

Al igual que lo que ocurre en nuestro sistema jurídico, las entidades de la Administración Pública Norteamericana pueden emitir pronunciamientos de carácter particular denominados *orders* (actos administrativos) que son adoptados luego de un procedimiento identificado como *adjudication*. De otra parte, algunas entidades pueden emitir pronunciamientos de alcance general denominados *rules* o *regulations* (reglamentos) que son adoptados luego de un procedimiento identificado como *rulemaking*.⁵⁶ Es precisamente a esta dualidad *order/rule* a lo que autores como Cass identifican como el *modelo bipolar*.⁵⁷

Siguiendo el esquema general del APA, tanto *adjudication* como *rulemaking* pueden ser formales o informales. Los procedimientos formales han sido regulados con bastante detalle, su ejecución toma un tiempo considerable y suponen destinar no pocos recursos personales y materiales. Si hubiera que dar una idea general sobre estos procedimientos formales habría que compararlos con lo que son los procesos judiciales norteamericanos, aunque sin jurado.

En tal sentido, estos procedimientos formales suponen la realización de audiencias, la posibilidad de presentar todo tipo de prueba documental, derecho a cuestionar medios probatorios presentados, derecho a cuestionar la imparcialidad de quienes conducen las audiencias o quienes tomarán las decisiones sobre el fondo del procedimiento, derecho a informar oralmente, derecho a presentar el testimonio de expertos, de las partes involucradas o de terceros, derecho a replicar ante todo tipo de información presentada oralmente o por escrito, derecho a interrogar a los declarantes, derecho a impugnar la decisión adoptada, etc.⁵⁸ De otra parte, hay que señalar que para que los procedimientos formales sean aplicables, es necesario que sea expresamente previsto en las leyes especiales, es decir, no existe obligación directa de aplicar estos procedimientos sobre la base de lo establecido en el APA sin una ley específica que así lo disponga.

La cantidad de elementos involucrados en estos procedimientos formales determinan que sean largos, complicados y que impongan altos costos a las agencias, aspecto que puede ayudar a explicar el hecho que una

55 El artículo 29 de dicho cuerpo normativo define el procedimiento administrativo como un conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

56 En realidad existen muchas otras formas a través de las cuales distintas autoridades pueden emitir pronunciamientos como son los manuals, guidelines, executive orders, memoranda, circulars, opinion letters, interpretative rules, statements of policy, entre otros.

57 CASS, Ronald. *Models of Administrative Action*. En: Virginia Law Review, Marzo 1986, Vol. 72, Pág. 363 (72 Va. L. Rev. 363).

58 Este procedimiento, que es aplicable para *adjudication* y *rulemaking* formales, está regulado con carácter general en las secciones 556 y 557 del APA. Ello sin perjuicio de la regulación específica que pueda prevalecer en leyes especiales.

gran cantidad de actos administrativos sean adoptados a través de procedimientos informales y que, de otra parte, sean relativamente pocas las leyes especiales que impongan la necesidad de procedimientos formales para la emisión de reglamentos.⁵⁹

A diferencia de lo que ocurre con los procedimientos formales, el APA, de una parte, regula directamente el procedimiento informal de reglamentación (*informal rulemaking*); mientras que, de otra, dicho cuerpo legal prácticamente no ha previsto regulación alguna para el procedimiento informal de emisión de actos administrativos (*informal adjudication*).

En el caso del *informal adjudication*, el APA únicamente prevé desde la perspectiva procedimental que la decisión deba estar sustentada.⁶⁰ Ello determina que cualquier otro elemento procedimental deba estar sustentado en la ley especial aplicable al caso que lo prevea expresamente, o de las cláusulas constitucionales del debido proceso,⁶¹ según el caso en cuestión. En tal sentido, es posible concluir que en el caso del *adjudication* se han previsto los dos extremos: un procedimiento formal muy detallado y uno informal con un mínimo de contenido procedimental.

De otra parte, en el caso del *informal rulemaking* el APA sí desarrolló ciertos parámetros a seguir con la finalidad de emitir la reglamentación correspondiente.⁶² En términos generales, se han previsto cinco elementos sobre la base de los cuales se construye este procedimiento. Estos elementos se reseñan a continuación:

- El procedimiento puede ser iniciado por la agencia o por cualquier interesado. La agencia debe garantizar el derecho a solicitar la aprobación, modificación o derogación de un reglamento.
- Es necesario que la agencia ponga en conocimiento público el inicio del procedimiento de reglamentación. Ello se realiza a través de una notificación publicada en el medio de publicación oficial (Federal Register). Esta notificación debe contener: (i) el lugar, las fechas y el tipo o naturaleza del procedimiento; (ii) hacer referencia a la ley sobre la que se sustenta la propuesta de reglamento; y, (iii) los términos de la propuesta, sus elementos sustanciales o una descripción de los aspectos que involucra.
- La agencia debe dar a las personas interesadas la oportunidad de participar en el procedimiento a través de la remisión de información por escrito, opiniones o posiciones relativas al tema en cuestión. Esta participación puede suponer presentaciones orales o audiencias. En atención a que el APA no obliga a realizar audiencias, éstas se llevarán a cabo

en caso la ley específica así lo requiera o, en su defecto, si la agencia lo considera conveniente.

- Luego de la evaluación de todo lo actuado, la agencia debe definir el texto final del reglamento y elaborar una *concisa declaración de fundamentos y fines* (una suerte de exposición de motivos), los cuales deben ser publicados.
- El reglamento entrará en vigencia treinta días después de la publicación antes mencionada.

Sobre la base de los elementos centrales del procedimiento antes descrito, que da la impresión de responder a un esquema simple, podría pensarse que su implementación no supone mayores problemas. Veamos a continuación dos casos en los que se evalúan dos de los elementos mencionados del procedimiento reglamentario; ello, con la finalidad de mostrar la práctica administrativa norteamericana en esta materia y las decisiones judiciales correspondientes.

3) La Notificación (*General Notice of the Proposed Rule*)

En 1972 el Congreso creó el Programa WIC,⁶³ un programa de alimentación suplementaria que forma parte de los programas de nutrición infantil que se sustentan en fondos del gobierno federal y que son administrados por el Departamento de Agricultura (USDA). Este programa está destinado a apoyar a mujeres (embarazadas y durante el periodo post-natal), infantes y niños que pertenecen a familias cuyos bajos ingresos los colocan en situación de riesgo desde el punto de vista nutricional y de atención médica.

Como parte de este programa, el USDA diseña paquetes de alimentos que, a través de un sistema de vouchers, distribuye a beneficiarios previamente calificados, según sus necesidades alimenticias y de acuerdo con la reglas que se han expedido para tal efecto.

En 1975 y en 1978 el Congreso revisó el programa y lo extendió hasta 1982. En ambas oportunidades se definió legalmente el término *alimento suplementario* en términos amplios, dejando al Secretario de Estado del USDA ámbito para una más precisa definición acorde con los problemas que la implementación del programa buscaba enfrentar.

En 1976, el USDA aprobó una norma reglamentaria del Programa WIC⁶⁴ aceptando la posibilidad de que pueda reemplazarse leche entera por leche saborizada en los paquetes de alimentos para mujeres y niños, no así

59 CASS, Ronald, DIVER, Colin & BEERMAN, Jack. *Op. Cit.*, Págs. 369 y 417.

60 Sección 555 del APA.

61 Previstas en las Enmiendas V y XIV de la Constitución Norteamericana.

62 Sección 553 del APA.

63 Special Supplemental Nutrition Program For Women, Infants, And Children, 42 U.S.C. § 1786.

64 7 C.F.R. § 246.

para infantes. Cabe señalar que esta reglamentación formalizó dicha práctica, la cual venía llevándose a cabo desde la implementación efectiva del Programa WIC en 1973.

Con la finalidad de implementar las modificaciones introducidas en 1978, el USDA decidió reformar su reglamentación, motivo por el cual en noviembre de 1979 inició el procedimiento correspondiente a través de la notificación debidamente publicada. Conjuntamente con la propuesta de reglamento, el USDA publicó un preámbulo discutiendo la finalidad general del proyecto, señalando las facultades otorgadas por el Congreso para definir el valor nutricional y niveles de grasa, azúcar y sal de los paquetes de alimentos.

Ni en el proyecto ni en su preámbulo se discutió el problema del azúcar en relación con la leche saborizada. Por el contrario, el proyecto preveía que la leche de los paquetes de alimentos para mujeres y niños podía ser saborizada o no.

Como resultado del procedimiento se recibieron más de mil comunicaciones con comentarios al proyecto, de los cuales setenta y ocho recomendaban la eliminación de la leche saborizada de la lista de alimentos suplementarios. En respuesta a tales comentarios, el USDA reconoció que en el pasado se había aceptado tal sustitución, que su propuesta de reglamento no la había previsto; procedió a evaluar las razones en la que se sustentaban dichos comentarios, encontró dichas razones convincentes y decidió eliminar dicho sustituto de los paquetes de alimentos.

Ante tales hechos, la Asociación Norteamericana de Fabricantes de Chocolates (CMA) inició un procedimiento judicial en el que, entre otras cosas, cuestionó que el USDA no hubiese notificado la prohibición que finalmente se adoptara respecto de la leche saborizada. El caso llegó en última instancia a la Corte Federal de Apelaciones del 4° Circuito, en cuyo pronunciamiento⁶⁵ se concluye que no se cumplió con el requisito de notificación en los términos previstos en el APA. En efecto, la corte señaló lo siguiente:

El caso no presenta el problema de si la notificación de la reglamentación propuesta informó adecuadamente al público, sino que plantea como juzgar qué tan adecuada es la notificación cuando el proyecto que describe es sustituido por un reglamento que contiene un resultado opuesto a la propuesta, sobre la base de comentarios recibidos de parte de personas que representan solamente la perspectiva de una de las partes.
(...)

*No hay duda que una agencia puede aprobar un reglamento que difiere en algunos aspectos de la propuesta ... Sin embargo, una agencia no tiene carta blanca para aprobar un reglamento contrario a su propuesta original porque simplemente haya recibido sugerencias para cambiarla ... Aunque la agencia no necesita identificar en la notificación todo potencial cambio en el reglamento, dicha notificación debe ser lo suficientemente descriptiva para dar a los interesados una adecuada oportunidad para realizar comentarios y participar en el procedimiento.*⁶⁶

Con la finalidad de entender con mayor claridad el razonamiento de la corte, es importante no olvidar que el APA no hace referencia simplemente a una notificación general del reglamento propuesto, sino que señala expresamente que debe incluir, entre otras cosas, los términos de la propuesta, sus elementos sustanciales o una descripción de los aspectos que involucra.

Al respecto, es interesante el sentido que la corte atribuye al requisito de la notificación y, con éste, al procedimiento reglamentario. Podría, por ejemplo, haberse adoptado como finalidad última de la notificación que la agencia reciba información del público y que sobre tal base realice su propio análisis del tema comentado para decidir el sentido del reglamento, aspectos que se verificaron en el caso.⁶⁷ Sin embargo, la corte parece ir un paso más allá y su preocupación no está vinculada solamente a la posición de la agencia, sino que reconoce la existencia de un verdadero derecho del público a ser informado. Tal posición tiene como efecto evitar cambios imprevistos en la reglamentación y, más allá de si existen razones o no para la decisión final, un derecho puramente procedimental a participar y tener la oportunidad de expresar puntos de vista. La determinación de este significado para el requisito de la notificación implica, de alguna manera, definir una política general (aplicable a todas las agencias) para este tipo de procedimientos, en el amplio sentido del término *policy* comentado anteriormente.

Como parte del análisis realizado, la corte evaluó también cuál había sido el sentido de decisiones análogas o similares de parte de cortes de otros circuitos, asumiendo la formulación realizada por la Corte de Apelaciones del 1° Circuito: *la notificación es adecuada si los cambios a la versión propuesta son consonantes con el esquema original y el reglamento es una derivación lógica de la notificación y comentarios formulados.*⁶⁸

Más allá del pronunciamiento sobre los hechos concretos y la formulación general de lo que debiera

65 *Chocolate Manufacturers Association v. Block*, 755 F.2d 1098 (4th Cir. 1985)

66 755 F.2d 1098, 1103-1104.

67 Aunque podría decirse que en el caso la agencia no recibió comentarios de parte de la CMA, lo cierto es que recibió los setentiocho comentarios a favor de prohibir el uso de la leche saborizada en el Programa WIC. Al margen de las razones presentadas por quienes formularon los comentarios, la agencia realizó su propia evaluación para concluir calificándola como acorde con la política del USDA en esta materia.

68 755 F.2d 1098, 1105.

ser la notificación en casos como éste, la corte hace una explícita referencia a los factores que en conjunto ha tomado en consideración para adoptar su decisión.

El efecto total de la historia del uso de la leche saborizada, el preámbulo contenido en la notificación y la propuesta de reglamentación, solamente podrían haber llevado a las personas interesadas a concluir que no se consideraría cambio alguno respecto de la leche saborizada. Aunque finalmente sus comentarios puedan no ser útiles, CMA y otras personas interesadas deberían al menos haber tenido la oportunidad de formularlos.⁶⁹

La última parte de la cita pone en evidencia que el análisis realizado por la corte implica una declaración de principios (la existencia del derecho) antes que estar orientado, en el caso concreto, por la efectividad, utilidad o beneficio a obtener sobre la base de los elementos de juicio o razones que la CMA pueda o hubiera podido señalar. En efecto, se defiende el derecho de CMA independientemente de qué tan razonables sean o puedan ser sus argumentos desde el punto de vista nutricional o de cualquier juicio de valor que la corte pudiera asumir. En tal sentido, la corte señala que el USDA ha afectado el derecho de la CMA y, en consecuencia, el caso fue enviado a la agencia a fin de que se someta a discusión la propuesta de eliminar a la leche saborizada como sustituto de la leche entera en el marco del procedimiento para la aprobación del reglamento.

4) Exposición de Motivos (*Concise General Statement of Basis and Purpose*)

La idea que cualquier operador del Derecho puede tener de lo que es una *exposición de motivos* podría parecer inusual si tomamos la traducción literal del requisito bajo análisis: declaración general y concisa de fundamentos y fines. Sin embargo, como muestra el caso a continuación, dicha apariencia no es tal, pues a este requisito se le ha dado más contenido del que a primera vista parece tener.⁷⁰

Entre los años 1960 y 1963 se reportaron algunos casos de botulismo que se relacionó con el consumo de pescado. Esta situación generó que se incrementara la investigación bacteriológica en este campo y, adicionalmente, que el Comisionado de Alimentos y Medicamentos tomara acciones para enfrentar el riesgo para la salud de la población que dichos casos ponían en evidencia.

Específicamente se inició un procedimiento de reglamentación, en el marco de lo establecido por la Ley de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos,⁷¹ con la finalidad de establecer mecanismos para el control

de la bacteria *Clostridium Botulinum* Tipo E en el procesamiento de peces para consumo humano.

“ La idea que cualquier operador del derecho puede tener de lo que es una exposición de motivos podría parecer inusual si tomamos la traducción literal del requisito bajo análisis(...)”

Para prevenir los casos botulismo, en el proyecto de reglamento se planteó el establecimiento de un estándar mínimo general de tiempo-temperatura-salinidad (T-T-S) en el procesamiento de todo tipo de pescado.⁷² Luego del procedimiento se aprobó la reglamentación⁷³ conteniendo un estándar con ciertas variaciones respecto del originalmente propuesto.⁷⁴

Durante el procedimiento de aprobación del reglamento, se recibieron una serie de comentarios, algunos de los cuales, por su relevancia para el presente caso, procedo a reseñar:

- National Fisheries Institute, Inc. (uno de los demandantes en el proceso judicial) cuestionó que se haya establecido un estándar general para todo tipo de pescado, sugiriendo que se haga un análisis en atención al tipo y especie de peces a procesar.
- El Bureau de la Industria Pesquera del Departamento del Interior, coincidiendo con el comentario anterior, señaló específicamente que los estándares propuestos harían comercialmente inviable el procesamiento de pescado ahumado y planteó un método alternativo sobre la base del uso de nitrito y sal como aditivos para reducir las temperaturas propuestas.
- La Asociación de Procesadores de Pescado Ahumado señaló que los estándares propuestos afectarían la posibilidad de comercializar este tipo de pescado procesado y que la propuesta no estaba sustentada en evidencias científicas.
- NovaScotiaFoodProductsCorp.(otrodelosdemandantes) señaló que someter a ciertas especies de pescados a altas temperaturas destruiría completamente el producto por

69 755 F.2d 1098, 1107.

70 Para una más sencilla referencia, en la reseña del caso identificaré a este requisito simplemente como la *exposición de motivos*.

71 Food, Drugs and Cosmetics Act, 21 U.S.C. § 301

72 En la propuesta se planteó que el pescado debía cocerse a una temperatura de 180° F por al menos 30 minutos y el agua con la que se procesa debe contener una concentración de sal de 3,5%.

73 21 C.F.R. Part 122 (1977).

74 El pescado debía cocerse a una temperatura de 150° F por al menos 30 minutos y el agua con la que se procesa debe contener una concentración de sal de 5%.

lo que sugería mayor estudio y parámetros específicos según el tipo de peces.⁷⁵

Tal como mencioné previamente, entre la propuesta y la reglamentación aprobada solamente variaron los valores del estándar T-T-S, manteniéndose dicho estándar como único parámetro general aplicable a todo tipo de peces.

De otra parte, en la *exposición de motivos*, no aparece respuesta alguna a los comentarios anteriormente reseñados. En tal sentido, es respecto de tal omisión, entre otros aspectos, que se inicia el proceso judicial que llegó en última instancia a la Corte Federal de Apelaciones del 2º Circuito. En el pronunciamiento de la corte⁷⁶ se concluye que no se cumplió debidamente con el requisito de la *exposición de motivos*, según lo dispuesto por el APA. En efecto, la corte señaló lo siguiente:

Creemos que, en las circunstancias, [la exposición de motivos] fue menos que adecuada. Dejar completamente sin respuesta cuestiones esenciales planteadas en los comentarios y que son materialmente relevantes no se condice con un proceso racional. Ciertamente las agencias tienen un amplio ámbito de discreción al momento de expresar los fundamentos de un reglamento, pero no tienen la prerrogativa de oscurantismo reservada a las legislaturas.⁷⁷

Un primer aspecto a tener en cuenta es que la corte le da un determinado contenido y sentido a este requisito del procedimiento reglamentario. En este punto podría haberse, por ejemplo, decidido que el objetivo final de este requisito y del procedimiento en su conjunto es que la agencia cuente con la mayor cantidad de información posible y no que deba responder respecto de cada comentario que no acoja. Sin embargo, la opción es otra. Además de la información a favor de la agencia y la oportunidad de participar en el procedimiento (de parte de quienes formulan comentarios), en casos como el reseñado –en el que hay una clara y aparentemente bien sustentada objeción a la propuesta– la agencia está obligada a responder al comentario y, como contraparte de ello, quienes formularon la observación tienen derecho a recibir una explicación razonada en caso ésta no sea acogida.

Es interesante también la referencia realizada por la corte respecto de las decisiones legislativas, las cuales tendrían este privilegio del *oscurantismo*. La alusión está orientada claramente a que el Congreso no requiere fundamentar sus decisiones en atención a su

diseño institucional, a los mecanismos de aprobación de sus decisiones a través de debate, a los consensos que se pueden alcanzar, y al carácter primariamente político (*politics*) de sus decisiones.

El Congreso se somete fundamentalmente a las normas y principios que puedan derivarse de la Constitución y no está obligado a sustentar las leyes en el momento en que las aprueba. Por su parte, la Administración Pública, además de las normas y principios constitucionales, debe actuar dentro del marco de las leyes aprobadas y las normas reglamentarias aplicables, dando adicionalmente razón o fundamento de sus decisiones.

En este punto es en el que se pone en evidencia la diferencia entre el DAN y nuestro sistema jurídico; en el primero, se entiende por decisiones tanto actos como reglamentos, mientras que en nuestro país la necesidad de fundamentar se suele restringir a los actos administrativos. Probablemente la Administración Pública en nuestro país solamente deberá justificar los reglamentos que emita si es que son cuestionados ante las instancias correspondientes, lo cual, desde cierta perspectiva y utilizando los términos en los que se pronuncia la corte, le da esa prerrogativa de *oscurantismo* y la necesidad de racionalización o justificación posterior solamente ante el cuestionamiento de la norma aprobada.

De otro lado, y como parte del análisis del caso, la corte tomó como referencia la opinión del Juez McGowan⁷⁸ en la que se planteó un test para determinar si la *exposición de motivos* era adecuada o no:

No esperamos que la agencia discuta cada hecho u opinión incluida en los comentarios en el procedimiento de reglamentación informal. Lo que sí esperamos es que, para que la revisión judicial prevista por el Congreso sea significativa, la exposición de motivos debe permitirnos evaluar qué cuestiones importantes de política [major policy issues] fueron ventiladas en el procedimiento informal y por qué la agencia tomó la decisión que finalmente adoptó.⁷⁹

El fragmento citado pone en evidencia que, además del derecho de los participantes en el procedimiento que formulan comentarios, el requisito de la *exposición de motivos* cumple una finalidad adicional y que está determinada por la utilidad que dicho documento debe tener para la revisión judicial del reglamento cuando sea judicialmente cuestionado. Dada la importancia que tiene el rol de los jueces en el sistema jurídico norteamericano,

75 Tanto esta sugerencia sobre mayores estudios para establecer los estándares, como la propuesta de un método alternativo por parte del Bureau de la Industria Pesquera, se enmarcaron en un cuestionamiento desde la perspectiva del, en ese momento, estado actual del conocimiento científico en la materia. Si bien estos cuestionamientos no forman parte central del análisis que realizo sobre el presente caso, parecen tener un claro efecto en el resultado o conclusión del procedimiento, tal como se podrá apreciar más adelante.

76 United States v. Nova Scotia Food Products Corp., 568 F.2d 240 (2nd Cir. 1977).
77 568 F.2d 240, 252.

78 Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd, 407 F.2d 330, 338 (1968).

79 568 F.2d 240, 252.

este tipo de razonamiento es bastante común, siendo usual encontrar que instituciones de Derecho Administrativo se analicen teniendo en mente la eventual revisión judicial a la que podría someterse la actuación administrativa correspondiente.

Sin perjuicio de haber formulado en términos generales qué es lo que la corte entiende por este requisito y que sentido y fines cumple, es también interesante apreciar el modo en que tales ideas son aplicadas al caso concreto bajo análisis, así como la conclusión del mismo. Al respecto, la corte señala lo siguiente:

El Secretario fue directamente enfrentado con el asunto de si era necesario formular una regla con parámetros específicos que se apliquen a toda especie de peces, y particularmente si menores temperaturas con nitrato y sal no serían suficientes. Aunque esta alternativa fue planteada por una agencia del gobierno federal, la sugerencia nunca fue objeto de respuesta.

Además, el comentario de que aplicar los requerimientos T-T-S propuestos al pescado de carne blanca destruiría el producto nunca fue discutida ni contestada. Creemos que el silencio en vista de tales cuestiones esenciales sería volver el requisito legal de la exposición de motivos en menos que un adecuado resguardo contra la adopción de decisiones arbitrarias.

Luego de siete años de relativa inacción, el FDA aparentemente no ha revisado la regulación T-T-S a la luz del conocimiento y experiencia científica actual. En ausencia de una ley del Congreso en relación con el control de microorganismos, que esperamos merece ser considerada [por el Congreso], creemos que los estándares T-T-S deberían ser nuevamente revisados por el FDA.

No podemos, en esta apelación, reenviar el caso a la agencia para que se permitan más comentarios de los interesados, en atención a la información científica hecha pública en la instancia recurrida. En consecuencia, resolvemos que la reglamentación, que afecta la elaboración de pescado blanco ahumado no envasado al vacío, fue adoptada de una manera arbitraria y es inválida.⁸⁰

Los dos primeros párrafos de la cita, de orden netamente procedimental, parecen guiar la decisión de la corte en una determinada dirección: la necesidad de que la agencia deba adoptar una decisión enfrentando los cuestionamientos planteados y, en caso los rechace, lo haga de manera sustentada y razonable. Sin embargo, en el último párrafo, la corte afirma precisamente lo contrario; señala que no puede quedarse en el ámbito puramente procedimental y concluye que se trata de un reglamento arbitrario y, por lo tanto, inválido.

En este punto, da la impresión que la corte no considera como opción válida tratar de manera independiente

el requisito de procedimiento de elaborar una adecuada *exposición de motivos* (resolviendo las omisiones detectadas) y los cuestionamientos de fondo que finalmente no fueron contestados por la agencia. El elemento que parece unir los aspectos materiales y de procedimiento parece ser la actitud de la agencia de guardar el silencio absoluto ante claros cuestionamientos de fondo.

Aunque no se señale expresamente, aparentemente se trata de un caso extremo en que la actuación (procedimental) de la agencia se considera contraria a toda finalidad (*policy*) del procedimiento reglamentario desde la perspectiva de los particulares interesados, actuación que la corte no solamente no va permitir, sino que sanciona con una decisión extrema (de fondo).

Al margen del caso concreto, y en general sobre la *exposición de motivos*, autores como Allen⁸¹ reconocen que este requisito encierra no solamente más de lo que el texto del APA parece señalar, sino también que excede aquello que quienes redactaron la norma quisieron plasmar:

Los autores de la ley aparentemente tuvieron en mente algo como un resumen. Sin embargo, si las agencias establecen sus políticas generales a través de reglamentos, y tales reglamentos están sujetos a revisión judicial, las cortes están casi obligadas a demandar de las agencias el tipo de fundamentación que deben recibir conjuntamente con un acto administrativo. Debido a que las cortes han exigido tal fundamentación, el requisito de una declaración de fundamentos y fines se ha convertido en algo muy distinto de aquello que los autores de la norma deseaban.

Es por tales razones que la *concisa declaración general de fundamentos y fines* se acerca más a lo que entendemos como una *exposición de motivos* con un contenido que claramente debe exceder el mero cumplimiento de la formalidad prevista en el APA, es decir, es un requisito de procedimiento con mucho de sustancia.

5. Los Requisitos del Procedimiento Analizados: ¿Y la Doctrina Chevron?

Habiendo expuesto estos dos requisitos del procedimiento informal de reglamentación, bien cabría preguntarse cuánto de la amplia y general doctrina *Chevron* se puede encontrar en los casos reseñados respecto de la definición y aplicación de los requisitos legales de *notificación* y *exposición de motivos* por parte de las agencias.

Antes de ello, me parece reconocer en los casos comentados algo que comentara previamente y que es aquello que Pierce llama *interpretación creativa* de parte de las cortes, interpretación que dicho autor desaprueba tratándose de la evaluación de la actuación

80 568 F.2d 240, 253.

81 ALLEN, William. *The Durability of the Administrative Procedure Act*. En: Virginia Law Review, Marzo 1986, Vol. 72, Pág. 248 (72 Va. L. Rev. 248)

de las agencias administrativas. Efectivamente, al revisar los casos antes expuestos, no resulta difícil percibir que cada una de las cortes define el contenido y alcance de estos requisitos que no aparecen a primera vista del texto del APA.

En términos de dicho autor, las cortes están, por vía de interpretación, estableciendo la política general (*policy*) del procedimiento reglamentario y, por cierto, yendo en contra de decisiones administrativas que no parecen contravenir directamente el texto de la norma, ni elementos que hayan sido definidos por el Congreso al momento de aprobarla.⁸²

Si ello es así, entonces, cabe también preguntarse si es posible encontrar alguna forma de conciliar tales decisiones con el caso *Chevron*. En este punto, la respuesta parece negativa, a menos que sigamos lo señalado por Merrill y Hickman quienes, como mencioné, plantearon la posibilidad que en el esquema analítico del caso *Chevron* pudiese existir un Paso Cero que determinase el ámbito general de la doctrina que dicho caso establece.

Una de las preguntas que dichos autores plantean como forma de definir el alcance de esta doctrina es qué ocurre con las leyes que deben ser implementadas por más de una agencia o, en este caso, por todas las agencias que buscan aprobar un reglamento, es decir, si debería o no mantenerse la deferencia judicial en tal supuesto. Un aspecto importante es que la generalidad en la aplicación de tal norma (por todas las agencias) hace que pueda cuestionarse ese elemento central de la doctrina *Chevron* que es la delegación por el Congreso. No se trata en estricto de una norma cuya implementación se encargue a una agencia, como era el caso de la Ley del Aire Puro respecto de la EPA, sino más bien parámetros generales de procedimiento que simplemente deben ser cumplidos por todo tipo de agencias.

En tal sentido, y sin que ello niegue la importancia del caso *Chevron*, dichos autores (que por cierto no niegan tal importancia) parecen tener razón en el sentido en que es necesario delimitar el ámbito de aplicación de esta doctrina y distinguir ciertos supuestos en los que las cortes, al revisar las decisiones administrativas, estarían habilitadas para identificar y resolver los casos puestos en su conocimiento sobre la base de razones de política pública (*public policy reasons*) sin deferencia a favor de las agencias.

Al margen de ello, y como mencionaba previamente, en nuestra práctica administrativa se pueden observar ciertos elementos como la publicación de proyectos

para comentarios, las matrices de comentarios recibidos o las exposiciones de motivos. Sin embargo, desde el punto de vista procedimental, tales elementos son de poca o nula relevancia más allá del hecho de servir a las entidades administrativas para obtener información.

Basta pensar en las consecuencias de los dos casos norteamericanos antes reseñados para percibir un claro contraste entre ambos sistemas jurídicos. En nuestro país parece impensable que, por ejemplo, el hecho que un comentario cuestionando aspectos esenciales del proyecto de reglamento sea ignorado pueda dar lugar a una nueva aprobación de dicha norma o su anulación. De igual manera, resulta difícil imaginar que cambios sustantivos no puestos directamente a debate entre el proyecto de reglamento y la versión aprobada pudiesen servir como una forma de cuestionamiento judicial.

Si el esquema norteamericano en este ámbito debe ser o no el modelo a implementar en nuestro país, es algo que dependerá de la evaluación que cada quien realice. Sin embargo, creo que deberíamos empezar a cuestionar el concepto de procedimiento administrativo como solamente vinculado al de acto administrativo. Ya la práctica administrativa está mostrando que los reglamentos no son solamente el producto de actividades previas de las entidades públicas que deban permanecer ajenas al público en general o sin mayor significación para los particulares interesados.

IV. Comentario Final

Tal como señalé, la finalidad del presente artículo no es otra que divulgar algunos aspectos del Derecho Administrativo Norteamericano que son solamente una pequeña muestra de lo que en dicho país se ha trabajado, estudiado y decidido en esta rama del Derecho. He creído importante también plantear este acercamiento utilizando una de las características propias del sistema anglosajón, como es el análisis a través de casos. Hacerlo de otra manera, probablemente no hubiera permitido mostrar la complejidad que estos temas involucran.

Finalmente, el propósito último de este artículo, sobre la base de la divulgación antes mencionada, es simplemente contar con una perspectiva distinta para la reflexión sobre situaciones y problemas que, en mayor o menor medida, ocurren también en nuestra realidad. No se trata de convencer a nadie acerca de copiar esquemas, sino sólo de tener una herramienta adicional por vía de comparación al momento de estudiar este tipo de problemas y plantear sus soluciones 

82 Hay que reconocer también que estos aspectos son más notorios en el caso de la *exposición de motivos* que en el caso de la notificación. Ello, debido a que el texto del APA es más prolijo en relación con este último requisito del procedimiento.