

## EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL NORTEAMERICANO DEL *HARD LOOK* Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA (EN EL MEDIO AMBIENTE)

*Santiago González-Varas Ibáñez*

### A) LA REGLA DEL *HARD LOOK* ("EXAMEN RIGUROSO") Y LA *RULE OF REASON* ("REGLA DE RAZÓN") CON EL EJEMPLO DEL MEDIO AMBIENTE

Es preciso empezar reconociendo que, dentro del medio ambiente y en materia de impactos ambientales, una práctica procesal habitual se refiere a aquellos casos en los que los particulares acuden a los tribunales a fin de evitar la realización de una determinada obra proyectada por la Administración invocando que esta no ha considerado suficientemente el impacto ambiental que aquella va a ocasionar, o que dicha Administración tendría que haber procedido a la realización de mayores investigaciones (siendo insuficiente la evaluación de impacto ambiental que ha sido llevada a cabo).

Ahora bien, ¿hasta dónde o cuándo es exigible, y deja de serlo, que la Administración examine las posibles consecuencias ambientales que puede tener la obra proyectada o las posibles alternativas existentes? ¿Cómo determinar los límites del control judicial en estos casos en que debe controlarse una decisión administrativa de contenido tan altamente discrecional?

Estas preguntas no se refieren, en el caso del control de la declaración de impacto ambiental, a cuestiones accesorias u ocasionales, ya que en la materia que nos ocupa son más bien las cuestiones centrales que afectan a los litigios que se plantean y de cuya solución dependerá la forma misma de garantizar a los particulares en el caso concreto.

Hemos querido también introducir de esta manera la forma habitual de presentarse los litigios en la práctica procesal de Norteamérica así como introducir en ciertos criterios, que se han desarrollado en la jurisprudencia de la *United States Court of Appeals* intentando dar respuesta a las cuestiones esenciales que acaban de ser planteadas, en especial el *hard look* o "examen riguroso". También es interesante la aplicación de ciertos principios de la Ley de procedimiento administrativo (*Administrative Procedure Act*) así como de otras técnicas de control sobre la evaluación de impacto ambiental que vamos a ir comentando.

Básicamente, la Corte va a utilizar dos criterios (cuyo conocimiento puede ser útil por su posible consideración por parte de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa):

No tanto el primero, por ser sobradamente conocido: el límite de la arbitrariedad con el que se enfrenta el ejercicio de una potestad discrecional.

En cambio, el segundo medio de control es interesante. Me refiero al decisivo aunque indirecto control sobre la discrecionalidad que permite la regla del *hard look*.

Según esta, lo determinante va a ser (para mantener o anular la decisión discrecional de la Administración o de una agencia) verificar si de las actuaciones del expediente (*record*) se deduce que dicha Administración ha llevado o no a cabo un "trabajo riguroso". Conforme a este criterio, no se trata tanto de entrar en el examen de la corrección de la decisión tomada. Más bien, se trata de exigir la realización de un trabajo serio o riguroso. De esta forma, indirectamente, se estará invalidando de entrada una decisión finalmente adoptada que no cumpla con este requisito. Es este por tanto un criterio distinto de aquel otro de la interdic-

ción de la arbitrariedad o de aquel que permite la aplicación de cualquiera de los principios generales del Derecho. En estos casos el control será *ex post* y afectará al contenido mismo de la decisión adoptada. En aquel otro del *hard look* el control se perfila *ex ante* y tendrá un carácter fáctico (tratándose de una verificación de si se ha actuado con el rigor y fundamento necesarios) sin entrar en la valoración de la solución adoptada. En el fondo, se piensa que si se ha trabajado con "rigor" la decisión será en principio ajustada a Derecho. Y nunca lo será si no se ha trabajado con el rigor *preciso*. Aunque aparentemente su alcance es más limitado que aquel otro control (de la arbitrariedad) su repercusión práctica puede ser mayor.

Por su parte, el criterio del "rigor preciso" es un criterio que plantea el problema de determinación del grado de esfuerzo exigible a la Administración. Para ello aplicaremos una regla de *rule of reason* cuyo enjuiciamiento se reserva lógicamente el propio tribunal. En la práctica judicial en la mayor parte de los litigios se observa si la labor administrativa realizada ha sido o no correcta.

Así pues, la regla del *hard look* y aquella otra *rule of reason* consiguen situar el control judicial por encima de un examen formalista sobre la posible omisión de un determinado trámite procedimental. Más bien, aquellas afirman un examen de carácter judicial o de conjunto sobre las distintas actuaciones realizadas. No obstante, un problema que dichas reglas plantea puede ser el de una excesiva condescendencia en favor de la Administración (pasando por alto ciertas faltas procedimentales que el órgano jurisdiccional considere intrascendentes).

En todo caso, dichas reglas tienen el interés de añadir un control adicional sobre la discrecionalidad administrativa de validez general (es decir, por supuesto, más allá del medio ambiente) y especialmente útil en aquellos casos en que existe una discrecionalidad técnica o difícilmente controlable.

Seguidamente se presentan algunos ejemplos de aplicación práctica a la luz de la jurisprudencia norteamericana.

#### B) LA REGLA DEL *HARD LOOK* (O "EXAMEN RIGUROSO") Y EL CONTROL SOBRE LA ELECCIÓN DE LAS ALTERNATIVAS POSIBLES

"El análisis de las alternativas posibles ocupa el corazón mismo de la declaración de impacto ambiental", dice una sentencia de la misma Corte Federal de Apelación (Sala novena) de 3 de septiembre de 1998 (N° 97-35157, 97-35346).

Es en efecto fácil de entender la importancia (que tiene este momento de la valoración o selección de las alternativas posibles) para la protección de los derechos de los particulares. A estos podrá interesarles sobremanera, a efectos de conseguir que la obra proyectada no les afecte, discutir dicha valoración o selección de las alternativas razonables. Para ello intentarán persuadir al tribunal de que la decisión administrativa no se ha realizado con el rigor necesario faltando algún elemento importante de valoración.

Así por ejemplo en la sentencia de 9 de febrero de 1999 (N° 97-5301) frente a la pretensión de la parte recurrente, según la cual la construcción de la autovía vulnera la "Evaluación de impacto ambiental", ya que no han considerado *suficientemente* las alternativas posibles (y, más bien, ha sido aquella trazada causando claros perjuicios ambientales) la Corte termina verificando que la agencia ha realizado un *hard look* conforme a una *rule of reason* cuyo enjuiciamiento ella misma se reserva.

Es suficiente, dice otra sentencia con que la agencia examine aquellas alternativas que es necesario considerar para permitir una "elección razonable" (*reasoned choice*; sentencia de la citada Corte Federal de Apelación, de 24 de septiembre de 1997, Sala 9ª, N° 95-70862, N° 95-70927, N° 95-70928, N° 70859, N° 95-70861, N° 70864).

También se refiere al tema de las "alternativas posibles" la sentencia de la misma Corte de 1 de febrero de 1999 (N° 98-35625) donde se admite que el Servicio Federal Forestal no haya valorado alguna de las posibles alternativas (siguiendo las alegaciones de la parte recurrente).

Concretamente, aquel había dispuesto ciertos criterios en cuanto a la medida de los árboles de un bosque susceptibles de ser cortados perjudicando así los intereses de ciertos empre-

sarios que alegan contra esta medida, su carácter excesivamente restrictivo respecto de los costes permitidos y excesivamente amplio en cuanto a la valoración de los impactos ambientales. Admite esta sentencia que una agencia no puede definir los objetivos de manera irrazonablemente limitada (*unreasonably narrow*), siguiendo la sentencia *City of Carmel-by-the-Sea v. U.S. Dept. of Transp.* 123 F3d 1142, 1155, 9th Cir 1997), pero concluye que en el presente caso el servicio forestal *has taken a hard look at the decision's environmental consequences*.

Interesante es, conforme a otra sentencia, que dentro de las alternativas posibles es obligado considerar, dado el caso, la opción de no actuar (*no-action alternative is an integral part of the statutory scheme*, sentencia de la misma Corte Federal de Apelación, Sala novena, de 3 de septiembre de 1998, N° 97-35157, 97-35346).

Acabando con este tema de la selección y valoración de las alternativas razonables otro ejemplo puede ser la sentencia de 9 de junio de 2001 (esta vez de la Sala 2ª, N° 99-4081). Se enfrenta esta con el problema de la localización de un radar que repercute negativamente sobre el ambiente. Frente al recurso de los directamente afectados por esta instalación la Corte pone de manifiesto que, dentro de las opciones posibles, la alternativa o solución por la que la opta la Administración federal de aviación es la más razonable.

C) LA REGLA DEL *HARD LOOK* ("EXAMEN RIGUROSO") ANTE EL PROBLEMA DEL GRADO DE EXIGENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL REALIZADA

Un caso que también se presenta habitualmente ante los tribunales es aquel en que las partes alegan que la decisión administrativa está viciada por no haber tomado suficientemente en consideración estudios complementarios que deberían haberse realizado (*appellees had failed to undertake proper and adequate environmental impact studies and followup supplemental studies*).

Dicha alegación se vierte por ejemplo en el caso de la sentencia de 5 de mayo de 1999 de la Corte de Apelación de los Estados Unidos (N° 98-5226, esta vez de la Sala tercera) a efectos de evitar la realización de una carretera del modo en que la Administración ha proyectado. En el presente caso, la Corte confirma la sentencia de instancia después de verificar que los esfuerzos realizados son suficientes. Aplicando la regla *hard look* llega a la conclusión de que la decisión es *reasonable* (igualmente, puede verse la sentencia de 12 de octubre de 2000, Sala 2ª, N° 99-4173).

En esta línea, dicha regla del *hard look* se emplea para resolver si la decisión administrativa tiene suficiente fundamento en cuanto a la valoración de las medidas que deben tomarse para evitar el impacto ambiental causado.

Así, una sentencia de 13 de enero de 1999 (N° 98-2134) empieza reconociendo que cuando una agencia tiene una potestad discrecional (en el presente caso se trataba de la construcción de un dique que, según los recurrentes, afectaba muy negativamente a una determinada especie de mejillones con claro perjuicio en sus derechos económicos) "el control de la Corte es reducido" y ha de limitarse a comprobar si ha habido un error claro en el enjuiciamiento realizado o si es arbitraria la decisión por omitir la consideración de algún aspecto esencial del problema planteado (remitiéndose a la sentencia *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*, 490 U.S. 360, 378, 104 L.Ed. 2d 377, 109 S. Ct. 1851, 1989 y especialmente a la *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut.*, 463 U.S. 29, 43, 77 L.Ed. 2d 443, 103 S.Ct. 2856, 1983).

Sin embargo, en el presente caso, la verificación por parte del tribunal de que la agencia había realizado un *sufficient hard look at the problem of zebra mussel infestation* lleva a la conclusión de que la decisión discrecional no puede ser anulada.

En cuanto a la precisión del nivel del rigor exigible la Corte entiende que lo importante es verificar si la agencia ha identificado y evaluado suficientemente el impacto ambiental. Si lo ha hecho, la decisión después adoptada podrá ser legítimamente discrecional. Y no se considera exigible que la agencia base su decisión en las decisiones de otras agencias.

Según esta sentencia, el “examen es riguroso”, ya que la agencia toma la decisión después de haber obtenido la opinión de expertos que trabajan para dicha agencia y de expertos externos.

D) LA REGLA DEL *HARD LOOK* (“EXAMEN RIGUROSO”) Y LA DECISIÓN DE NO REALIZAR UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La regla del *hard look* es también seguida o aplicada por la Corte Federal de Apelación (en la sentencia de 21 de agosto de 2000, N° 98-56242, N° 98-56474, N° 56672) para determinar si es conforme a Derecho la decisión de una agencia de no someter un determinado proyecto a evaluación de impacto ambiental.

Frente a la alegación del recurrente según la cual la decisión estaba viciada por no haber procedido a abrir un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la Corte declara (revocando esta vez en parte la sentencia impugnada) que la decisión acerca de si un determinado proyecto tiene efectos significativos para el medio ambiente ha sido tomada después de realizar un *hard look* suficiente sobre la base de ciertos informes consultados (puede verse, también, la sentencia de la misma Corte, Sala 8, de 11 de junio de 2001, N° 00-1050, N° 00-1974).

E) LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE PREFIJAR CRITERIOS Y PARÁMETROS DE DECISIÓN

La regla del *hard look* conlleva, pues, la previsión por parte de la Administración de ciertos criterios objetivos de valoración para efectuar la declaración de impacto ambiental.

En una ilustrativa sentencia de 23 de noviembre de 1998 (N° 98-70033) una población india impugna la decisión de la Administración Federal de Aviación en la que se fija un cambio de ruta de la llegada al aeropuerto de Los Ángeles causando –el vuelo aéreo– un impacto ambiental negativo sobre el territorio de la tribu recurrente.

La Corte parte (confirmando la sentencia apelada de la *district court*) de que la decisión tomada por la agencia es discrecional. De ahí que deba aplicarse la Ley de procedimiento administrativo (*Administrative Procedure Act*) cuando establece, como límite frente a la discrecionalidad, la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio de la discrecionalidad (“*arbitrary, capricious, abuse of discretion*”).

Para determinar esta cuestión, “la Corte no puede sustituir la decisión tomada y debe considerar si ha habido un error de enjuiciamiento” y más concretamente “si la agencia ha considerado suficientemente el impacto ambiental” (la Corte se remite a –y se apoya en– la sentencia *Association of Pub. Agency Customers v. Bonneville Power Admin.* 126 F.3d 1158, 1183, 9th Cir. 1997).

A juicio de la Corte (sentencia de 23 de noviembre de 1998), el *quid* de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (*National Environmental Policy Act, NEPA*) está en “asegurar que la agencia obtenga las informaciones necesarias a efectos de tomar una decisión sobre la evaluación del impacto sobre el medio ambiente”, lo que afecta de modo especial al momento de valoración de las alternativas posibles.

Pues bien, lo exigible (y esto es lo que examina la Corte) es que la agencia haya tomado una decisión basada en criterios elaborados (*reasonable methodology*). La Administración está obligada a prefijar *parameters and criteria*.

El problema se plantea esencialmente, también en el presente caso, en la fase decisiva de la valoración de las alternativas posibles. Frente a la alegación de la parte recurrente, según la cual la agencia no ha valorado las distintas alternativas posibles (*feasible alternatives*) en el presente caso la Corte concluye que la agencia ha realizado un examen suficiente después de examinarlo a lo largo de la sentencia (la Corte se remite también a la sentencia *River Rd. Alliance, Inc. v. Corps of Eng’rs of United States Army*, 764 F.2d 445, 452-53, 7th Cir. 1985).

Este modo de proceder evita al mismo tiempo entrar en la confrontación de los dictámenes de los expertos de las distintas partes procesales (*the battle of experts*).

Más bien se parte (conforme a la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental) de que la agencia tiene la responsabilidad de estudiar, desarrollar y describir las alternativas posibles, presumiendo la razonabilidad de la decisión tomada siempre que conste que la agencia ha realizado un trabajo sobre la base de criterios y parámetros (véase también la sentencia *Pueblo of Sandia v. United States*, 50 F.3d 856, 10th Cir. 1995).

#### F) LA DISCRECIONALIDAD Y EL LÍMITE DE LA ARBITRARIEDAD

Otra jurisprudencia, con contenidos igualmente interesantes, se limita a confirmar que la decisión tomada por la agencia es discrecional y no incurre en arbitrariedad (sentencias de 19 de julio de 2000, Sala 4ª, N° 99-1887, ante la decisión administrativa de trasladar un aeropuerto, de 10 de mayo de 1999 Sala 9ª N° 95-70480, de 6 de abril de 1999 Sala 4ª, N° 98-2102).

Así también una sentencia de 6 de julio de 1998 (Np. 36100) informa de una típica pretensión de las partes, que es el carácter incompleto de la evaluación de impacto ambiental que convierte esta en arbitraria, ya que la agencia debió de tomar otro tipo de medidas complementarias, aunque la Corte (en el presente caso) concluye que se tomaron medidas suficientes en un informe complementario (véase también la sentencia *Laguna Greenbelt, Inc. v. U.S. Dept. of Transp.*, 42 F.3d 517, 9th Cir. 1994).

Un caso en que la Corte confirma la arbitrariedad de una decisión (de la Comisión Federal de Regulación de la Energía) es la sentencia de 9 de junio de 2000 (N° 99-1273). Dicho caso se refiere a una orden (dictada por dicha Comisión) de realización de un estudio de evaluación de impacto ambiental en términos desproporcionados con el fin pretendido, los cuales llevaban a hacer improductiva la actividad pretendida.

#### G) LA DISCRECIONALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE HACER

Sobre el tema de las obligaciones de hacer, por parte de la Administración, la Corte entra a examinar si el recurrente consigue hacer valer que la norma permite desprender una obligación clara de actuar en el caso concreto, a efectos de decretar la obligación de actuar frente a la Administración.

En la sentencia de 29 de julio de 1998 (N° 97-35467) las dos normas de referencia son nuevamente la Ley de procedimiento administrativo y la Ley de evaluación de impacto ambiental.

Según la Corte, en principio “una omisión (*failure to act*) por parte de la agencia respecto de las actuaciones que deben ser tomadas (conforme a la Ley de evaluación de impacto ambiental) puede representar una vulneración de la Ley de procedimiento administrativo, pudiendo la Corte excepcionalmente (es decir, cuando conste claramente un deber incumplido que implique una omisión de la responsabilidad de actuar de la agencia) ordenar a dicha agencia que cumpla el mandato que le corresponde” (en la línea –como vemos– de nuestra nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 y su artículo 29; cita esta sentencia en apoyo de esta doctrina las sentencia *Public Citizen Health Research Group v. Comm’r, Food & Drug Admin.*, 238 U.S. App. D.C. 271, 740 F.2d 21, 32, D.C. Cir. 1984 así como la sentencia *Independence Mining Co., Inc v. Babbitt*, 105 F.3d 502, 511, 9th Cir, 1997; *Sierra Club v. Thomas*, 264 U.S. App. D.C. 203, 828 F.2d 783, 793, D.C. Cir. 1987).

Nuestra sentencia de 29 de julio de 1998, después de centrar su enjuiciamiento en la existencia de una posible obligación de la que desprender el deber de actuar de la agencia, concluye que el recurrente no ha conseguido poner de manifiesto que de la “Evaluación de impacto ambiental” se desprenda una obligación de actuar en defensa del medio ambiente en el presente caso.

## H) EL "IMPACTO AMBIENTAL ACUMULATIVO"

Lógicamente, si la Administración incumple elementos reglados la Corte declarará la improcedencia de la declaración de impacto ambiental realizada. Esto ocurre por ejemplo (conforme a la sentencia de 19 de agosto de 1991 N° 94-16234), ya que la Administración no había llevado a cabo una valoración suficiente de los efectos ambientales acumulativos (*cumulative impacts*) de obligada realización conforme a la Ley de declaración de impacto ambiental (NEPA), cuando menos a efectos de que la Corte pudiera pronunciarse con fundamento sobre dicho impacto.

"Impacto acumulativo" es el efecto o impacto negativo sobre el ambiente que se suma sobre otros impactos ambientales existentes en la zona objeto de litigio. En el presente caso, el problema afecta a la construcción de una autopista proyectada desde 1947, decidiendo la Corte que debe rechazarse la evaluación de impacto ambiental realizada por ser necesaria una evaluación de forma suficiente de dicho impacto acumulativo.

Finalmente, la introducción judicial de los litigios que han sido comentados presupone la existencia de legitimación por parte del recurrente (sobre el particular sentencia de 15 de julio de 1998, N° 97-15508 y N° 97-15813).