

La tutela del medio ambiente desde los tratados de derechos humanos y la prevención administrativa

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono*

La visión de la protección del medio ambiente por parte de los Estados ha determinado que se aborde el tema desde una perspectiva tanto nacional como internacional. De este modo, se ha rescatado el papel del Derecho Administrativo para concretizar determinados parámetros internacionales dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados con el fin de salvaguardar el derecho humano al medio ambiente.

El autor, en el siguiente artículo nos muestra el escenario en el que se desarrolla la interrelación del Estado, el Derecho Internacional, el Medio Ambiente y los Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

La interconexión normativa de los ordenamientos jurídicos internos (nacionales) con diversos sistemas normativos internacionales (convenciones, tratados, pactos) obliga a abordar las diversas áreas temáticas de la ciencia del derecho desde la doble perspectiva nacional e internacional.

El denominado fenómeno de la constitucionalización de determinados tratados internacionales provoca, generalmente, una fuerte discusión de primer orden vinculada al sistema de fuentes del derecho; la producción y aplicación parcial del ordenamiento jurídico interno proviene ahora de órganos y organismos que se encuentran fuera del sistema interno tradicional de creación, producción y aplicación del ordenamiento jurídico.

Muestra de tal fenómeno, entre otros, es la influencia en Europa y América de las resoluciones emitidas por los sistemas continentales de protección de derechos humanos. Se comienza a tematizar sobre la incidencia de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos¹ - Corte de Estrasburgo - y de

la Corte Americana de Derechos Humanos² - Corte de San José.

La materia ambiental no es ajena a tal proceso de «internacionalización» de los ordenamientos jurídicos, siendo de por más interesante el relevamiento – ciertamente introductorio – que podamos efectuar respecto del tratamiento que se ha brindado a la protección del medio ambiente desde los sistemas tuitivos de los derechos humanos tanto en Europa como en América.

El estudio de las decisiones de tales sistemas internacionales reviste mayor interés en la materia ambiental ya que se parte de la realidad que tanto la Convención Europea como la Americana carecen de una previsión puntual y expresa en materia ambiental, dejando a salvo -en el caso de esta última- el artículo 11° del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, esa carencia ha sido subsanada por la integración jurisprudencial, extrayendo la dimensión convencional del derecho a un medio ambiente sano del derecho a la vida –en el caso americano– y del derecho a la vida privada y familiar en el caso europeo.

* Director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue-Argentina. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

1 En España, Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER ha tematizado con su conocida solvencia y riqueza intelectual las distintas doctrinas sentadas por el Tribunal de Estrasburgo; sus últimas publicaciones se han ocupado de estudiar los efectos en el ordenamiento interno español y del derecho público europeo en general de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien gustosamente convoca a llamarlo en el ámbito interno español «nuestro Tribunal» y a sus decisiones «nuestra jurisprudencia». Recomendamos enfáticamente la lectura de las diversas publicaciones del autor, entre ellas «La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas» – Lección inaugural del Curso Académico 2006-2007 Universidad Complutense 2006; «La Interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho», Civitas, Madrid, 2004; «La Jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración», en «La Justicia Administrativa». Libro Homenaje al Profesor ESTRENA CUESTA, Atelier, Barcelona, 2003.

2 Ver en relación al sistema constitucional argentino nuestro artículo «El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos» en la obra colectiva Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Coordinación Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE. Ediciones Paredes Tomo I Caracas. Venezuela 2007.

«En efecto, el denominador común de las obligaciones estatales desde el plano procedimental, consiste en el deber de garantizar procedimientos participativos genuinos respecto de la emisión de normas sobre planes vinculados con un determinado derecho»

Finalmente efectuaremos una aproximación al nuevo rol preventivo de la administración respecto de la tutela del medio ambiente en base a las pautas interpretativas proveniente de los sistemas de protección de los derechos humanos.

II. EL MEDIO AMBIENTE ANTE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. CRITERIOS RECTORES

La Corte Europea ha dotado de protección al medio ambiente como parte integrante de la vida privada y familiar del artículo 8° de la Convención y —en menor grado— del derecho a la vida consagrado en el artículo. El punto de partida ha sido la necesidad de asegurar, por parte del Estado, un adecuado equilibrio entre los intereses del individuo y de la comunidad en su conjunto.³

El artículo 8° reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar bajo los siguientes apartados:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protec-

ción de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Es así que el Tribunal ha trasladado el ámbito de aplicación del artículo 8° a la materia ambiental a partir de entender que la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de las personas e impedirles el disfrutar de sus hogares de un modo tal que se afecte negativamente su vida privada y familiar sin poner en riesgo, sin embargo, su salud.⁴

Por otra parte, y teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2, el Tribunal ha destacado que, tanto cuando el asunto es analizado en términos de obligaciones positivas en cabeza del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para asegurar el derecho a la vida privada y familiar en los términos del artículo 8.1, como cuando se analiza la justificación de una interferencia por parte de la autoridad pública de acuerdo al artículo 8.2, los principios son esencialmente similares, especialmente porque en ambos supuestos el estándar fundamental consiste en la necesidad de garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses particulares y los de la comunidad, para lo cual el Estado detenta un cierto margen de apreciación.⁵

El caso López Ostra⁶ presenta elementos de especial gravitación, pues refiere a una afectación sufrida por el presentante originado en los ruidos y olores molestos provocados por una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos instalados en Lorca-Murcia, España. En tal caso el Tribunal afirmó que si bien la planta fue construida para solucionar un serio problema de contaminación, la misma causaba molestias y problemas de salud a varios vecinos. Especialmente se destacó que si bien las autoridades nacionales, y en especial la municipal, no eran teóricamente directamente responsables de las emisiones contaminantes, el Municipio, por su parte, permitió la construcción de la planta en su ejido habiendo el Estado subsidiado dicho emprendimiento.

En virtud de ello la Corte sostuvo que a todo evento, aún suponiendo que el Municipio cumplió las funciones conferidas por el ordenamiento doméstico, lo relevante del caso consistía en determinar si las autoridades nacionales habían adoptado las medidas necesarias para proteger el derecho del afectado al respeto de su hogar y su vida privada y familiar de acuerdo al artículo 8° del Convenio de Roma.

De acuerdo a tal marco de análisis, y aún reconociendo la legitimidad del curso de acción adoptado por parte de las autoridades internas y del margen

3 Caso POWELL AND RAYNER v. THE UNITED KINGDOM, del 21 Febrero de 1990.

4 Caso LÓPEZ OSTRA v. SPAIN, del 9 de Diciembre de 1994. Caso GUERRA AND OTHERS v. ITALY del 19 de Febrero del 1998. Caso KYRTATOS v. GREECE, del 22 de Mayo de 2003. Caso TA^KIN AND OTHERS v. TURKEY del 10 de Noviembre de 2004. Caso GIACOMELLI v. ITALY, del 2 de Noviembre de 2006. POWELL AND RAYNER v. THE UNITED KINGDOM, del 21 de Febrero de 1990.

5 Ver en particular el caso REES v. THE UNITED KINGDOM citado.

6 Caso LÓPEZ OSTRA v. SPAIN citado.

de apreciación propio de aquellas, la Corte concluyó en la existencia de una violación al artículo 8° teniendo en miras la falla del Estado en lograr un adecuado equilibrio entre los intereses del bienestar del Municipio consistente en contar con una planta de tratamiento de desechos, y el derecho del afectado a disfrutar de su hogar y su vida privada y familiar.

En asuntos posteriores se reiteró tal criterio, destacándose un caso en el cual se denunciaba la omisión estatal en adoptar acciones apropiadas para reducir el riesgo de contaminación de una planta química y evitar el riesgo de accidentes, ello a la luz de los artículos 2° y 8° de la Convención, que si bien no podía sostenerse que el Estado hubiera interferido en el derecho a la privacidad de los denunciantes, aún cuando el objeto del artículo 8° era, esencialmente, aquél de proteger a los individuos contra la interferencia arbitraria en su vida privada por parte de las autoridades públicas, dicha norma no se limita a imponer al Estado el deber de abstenerse de tal interferencia, sino que, además de ese abordaje inicialmente negativo, existen varias obligaciones de carácter positivo inherentes al efectivo respeto a los derechos reconocidos en el artículo 8°.⁷

Es por ello que, a los efectos de verificar la sujeción a las mandas convencionales, era necesario solamente corroborar si las autoridades nacionales habían adoptado las medidas necesarias encaminadas a asegurar la efectiva protección del derecho a la vida privada y familiar, y no solamente a constatar la ausencia de una interferencia.

Si bien el enfoque dado al artículo 8° por la Corte Europea denota inicialmente una gran amplitud, el Tribunal ha precisado que el elemento crucial a efectos de vincular la afectación del medio ambiente con la protección de dicha norma reside en determinar la presencia de un efecto nocivo de la contaminación en la esfera privada o familiar de la persona, no alcanzando a esos fines con acreditar el sólo deterioro del medio ambiente. En efecto, postula el Tribunal que ni el artículo 8° ni ninguna otra norma de la Convención se encuentran, específicamente, previstos para proveer una protección general del medio ambiente como tal.⁸

Se observa aquí la impronta «privatista» de la Convención, en cuanto requiere la afectación de intereses de índole privada y no siendo suficiente a tales efectos la lesión de intereses colectivos tales como el medio ambiente. La protección convencional, desde tal óptica, resulta sustancialmente acotada en relación a otros instrumentos de tutela del medio ambiente como bien de pertenencia difusa. En otras

palabras, *el medio ambiente no cuenta con protección convencional como tal*, como bien jurídico autónomo, sino que se activa su tutela cuando el deterioro de aquél se traduce en la lesión de otros derechos sí protegidos, tal el caso de la vida privada. Como ilustra la Corte no existe en la Convención un derecho explícito a un medio ambiente saludable, pero cuando un individuo es directa y seriamente afectado por el ruido u otra contaminación puede configurarse un caso bajo el artículo 8°.⁹

Es así que el tribunal considera inaceptable que la interferencia con las condiciones de la vida de la fauna en un determinado ecosistema constituya un ataque de la vida privada y familiar del denunciante, razón por la cual, aún cuando se pruebe el deterioro ambiental, la protección internacional regirá solamente cuando pueda vincularse, causalmente, tal deterioro con una afectación negativa en el disfrute de los derechos, expresamente, reconocidos en el artículo 8°.¹⁰

Esta impronta privatista puede observarse claramente al evaluar la aproximación que hace la Corte a los presupuestos de aplicación del artículo 6.1 en materia ambiental. En efecto, ha precisado el Tribunal que la protección de derechos colectivos no configura por sí sola una disputa de carácter civil en los términos de dicha norma, sino que es necesario que se presenten en el caso afectaciones a derechos de carácter privado. Es así que, por ejemplo, en el caso Gorraiz Lizarraga no alcanzaba con que las partes invocaran la lesión al medio ambiente derivado de la inundación del pueblo en el cual vivían, sino que la Corte exigió –a fin de aplicar el artículo 6.1– que se encontraran involucrados los bienes y estilo de vida de los peticionantes desde una perspectiva económica.¹¹

La Corte ha enfatizado la relevancia que un correcto proceso de toma de decisiones posee en este plano, explicando que –así como la contaminación ambiental puede incidir en el disfrute de los derechos del artículo 8°– lo mismo sucede cuando los efectos peligrosos de una actividad a la que los individuos se encuentran expuestos ha sido establecida como parte de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental de un modo tal que permita establecer un nexo cercano con la vida privada y familiar a los efectos del artículo 8°, pues en caso contrario la obligación positiva del Estado de tomar medidas razonables y apropiadas para asegurar los derechos bajo el artículo 8.1 quedaría en la nada.¹²

Es por eso que el análisis del cumplimiento del artículo 8° se efectúa desde dos vertientes, una sustan-

7 Caso GUERRA AND OTHERS v. ITALY del 19 de Febrero de 1998.

8 Caso KYRTATOS v. GREECE citado.

9 Caso HATTON AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, citado.

10 Caso KYRTATOS v. GREECE citado.

11 Caso GORRAIZ LIZARRAGA AND OTHERS v. SPAIN, del 27 de Abril de 2004.

12 Caso TA^KIN AND OTHERS v. TURKEY del 10 de Noviembre de 2004.

cial, la otra procedimental. Como ha expresado la Corte, en un caso que involucra decisiones estatales relativas a la materia ambiental existen dos aspectos a dilucidar. En primer lugar, la Corte debe evaluar los méritos sustanciales de la decisión de las autoridades nacionales para asegurar que la misma sea compatible con el artículo 8º. En segundo lugar, el tribunal debe escrutar el proceso de toma de la decisión para verificar que se haya acordado la importancia debida a los intereses del individuo.¹³

Desde el punto de vista sustancial se destaca, por una parte, el margen de apreciación conferido a cada Estado, limitado en definitiva por el deber de asegurar el debido equilibrio entre los intereses individuales y los comunitarios, parámetro que debe ser alcanzando tanto mediante la abstención de interferencias arbitrarias, como mediante la adopción de medidas positivas tendientes a garantizar el disfrute efectivo de los derechos.

Por su parte, desde el punto de vista procedimental, la Corte tiene dicho que aún cuando el artículo 8º no contiene requisitos procedimentales explícitos, el proceso de toma de decisiones encaminado a la adopción de medidas de interferencia debe ser equitativo de modo tal de permitir el debido respeto a los derechos de la persona salvaguardados por el artículo 8º. Resulta, por lo tanto, necesario considerar todos los aspectos procedimentales, incluido el tipo de decisión o política involucrada, la extensión en que las opiniones de los individuos fueron tomadas en cuenta a lo largo del proceso de adopción de la decisión y las garantías procedimentales disponibles.¹⁴

Estas precisiones de la Corte Europea ponen de manifiesto una vez más la importancia que la participación genuina de los afectados posee en la adopción de decisiones públicas, presentándose este fenómeno como uno de los rasgos distintivos de la internacionalización de los tratados de derechos humanos como condicionante de los mecanismos de adopción de políticas públicas. En efecto, el denominador común de las obligaciones estatales desde el plano procedimental, consiste en el deber de garantizar procedimientos participativos genuinos respecto de la emisión de normas sobre planes vinculados con un determinado derecho, actos administrativos y contrataciones públicas. Ello dota de legitimación directa a los afectados para la intervención e impugnación en esos procesos de toma de decisiones.

Dicha circunstancia permite afirmar que en el plano del procedimiento y el proceso administrativos la di-

recta incidencia del plexo internacional de derechos conlleva a la proporcional ampliación del concepto de afectado o interesado, de cara a valorar la legitimación administrativa y judicial para impugnar las medidas que involucren el goce del derecho en cualquier forma.

Es así que cuando un Estado debe determinar cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso de adopción de la decisión debe involucrar, en primer término, la realización de investigaciones y estudios apropiados que permitan predecir y evaluar anticipadamente los efectos de aquellas actividades que puedan dañar el medio ambiente e infringir los derechos individuales, así como posibilitar el logro de un adecuado equilibrio entre los varios intereses en juego. Desde tal prisma, la importancia del acceso público a las conclusiones de esos estudios y a la información que permita a los miembros del público evaluar el peligro al cual están expuestos es considerada por la Corte como «fuera de toda duda». Por último, los individuos afectados deben contar con la posibilidad de impugnar ante los tribunales cualquier decisión, acto u omisión respecto de la cual consideren que sus opiniones o intereses no han sido sopesados suficientemente durante el proceso de toma de la decisión.¹⁵

La amplitud de las salvaguardas procedimentales reconocidas a los afectados por parte del Tribunal Europeo merece destacarse: participación plena en el proceso de toma de la decisión, acceso a la información y posibilidad de atacar cualquier acto u omisión que se considere ha omitido valorar adecuadamente los intereses individuales. En otras palabras, al momento de determinar el alcance del margen de apreciación permitido al Estado, debe examinarse si se ha dado suficiente peso a los intereses de los particulares, así como si se han puesto a disposición de aquellos suficientes garantías procedimentales.¹⁶

Vale destacar que el plexo jurídico que se ha aplicado para la tutela del medio ambiente no es solo el artículo 8º de la Convención, sino también el artículo que protege el derecho a la vida. Tiene dicho así la Corte que la protección de este derecho puede invocarse en relación al medio ambiente cuando los riesgos potenciales de la actividad en juego lo ameritan. De tal forma, rigen en materia de riesgo ambiental las obligaciones positivas del Estado tendientes a la adopción de medidas adecuadas para preservar las vidas de aquellos sujetos a su jurisdicción establecidas en el artículo 2º.¹⁷

13 Caso HATTON AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM y caso TA°KIN AND OTHERS v. TURKEY, citados.

14 Caso TA°KIN AND OTHERS v. TURKEY citado.

15 Caso TA°KIN AND OTHERS v. TURKEY citado.

16 Caso OF GIACOMELLI v. ITALY citado.

17 Caso ÖNERIYILDIZ v. TURKEY del 30 de Noviembre de 2004.

De modo tal que la violación al artículo 2º de la Convención no se limita a los supuestos de muertes resultantes del uso de la fuerza por parte de agentes estatales, sino también por la falta de adopción de medidas adecuadas para proteger las vidas de las personas. Tal deber rige en el contexto de cualquier actividad, sea pública o no, en la cual el derecho a la vida se encuentre en juego y, por ende, se aplica en el caso de actividades industriales, las cuales por su propia naturaleza son peligrosas.¹⁸

Admitida con esos alcances la aplicabilidad del artículo 2º en esta materia, la Corte ha puntualizado que la obligación positiva de tomar todas las medidas apropiadas para proteger la vida implica, sobretudo, un deber primario en cabeza del Estado de poner en marcha un marco legislativo y administrativo diseñado para proveer una neutralización efectiva de las amenazas al derecho a la vida.¹⁹

Tal obligación se aplica sin dudas en el particular contexto de actividades riesgosas, donde, además, se debe poner especial énfasis en las regulaciones orientadas a los aspectos especiales de la actividad, en particular con respecto al nivel del riesgo potencial para las vidas humanas. Es así que aquellas deben regir la autorización, puesta en marcha, funcionamiento, seguridad y supervisión de la actividad, tornando como obligatoria para los interesados la realización de medidas prácticas tendientes a proteger de modo efectivo a los ciudadanos cuyas vidas pueden verse en peligro por los riesgos inherentes a la actividad. Dentro de estas medidas preventivas, especial atención debe darse al acceso público a la información, a lo cual se adiciona que las regulaciones deben proveer procedimientos apropiados, en función de los aspectos técnicos de la actividad, para identificar deficiencias en los procesos en cuestión y cualquier error cometidos por los responsables a diferentes niveles.²⁰

La faceta preventiva que delimita al contenido de las obligaciones estatales en este plano queda, de ese modo, plenamente remarcada por la Corte. Sin embargo, las obligaciones derivadas del artículo 2º no terminan allí. Ante la pérdida de vidas en circunstancias que, potencialmente, comprometen la responsabilidad del Estado, dicha previsión implica el deber del Estado de asegurar, por todos los medios a su disposición, una respuesta adecuada -judicial o de otro tipo- de modo que el marco legislativo y administrativo establecido para la protección del derecho a la vida sea apropiadamente implementado y que cualquier violación de ese derecho sea penada.

En tal línea, cuando la lesión del derecho a la vida o a la integridad personal no es causada intencional-

mente, la obligación de establecer un sistema judicial efectivo no requiere necesariamente que en todos los casos se pongan en marcha procesos criminales, sino que puede satisfacerse mediante la puesta a disposición de las víctimas de remedios civiles, administrativos o aún disciplinarios.

En suma, el sistema judicial requerido por el artículo 2º debe garantizar una investigación oficial independiente e imparcial que satisfaga ciertos estándares mínimos de efectividad y sea capaz de asegurar la aplicación de penas cuando se produzca la pérdida de vidas como resultado de una actividad riesgosa. En tales casos, las autoridades competentes deben actuar con diligencia y celeridad ejemplares y deben por sí mismas iniciar investigaciones capaces de determinar las circunstancias en las cuales el incidente tuvo lugar y las deficiencias del sistema regulatorio u operativo, además de identificar a los agentes estatales o autoridades de cualquier jerarquía involucradas en la cadena de acontecimientos.

Por otra parte, la Corte ha destacado que los tribunales nacionales no deben, bajo ninguna circunstancia, estar dispuestos a permitir que las faltas que ponen en riesgo la vida queden impunes. Ello resulta esencial para mantener la confianza pública y asegurar adhesión al Estado de Derecho, además de prevenir cualquier apariencia de tolerancia o complicidad con actos ilegales.

Es importante destacar que el artículo 8º se aplica en casos ambientales tanto cuando la contaminación es causada por el Estado como cuando la responsabilidad estatal surge de la falta en regular las actividades del sector privado adecuadamente. Es por ello que tanto si el caso es analizado en términos de obligaciones positivas del Estado de adoptar las medidas razonables y apropiadas para asegurar los derechos bajo el artículo 8.1 como si se lo enfoca en términos de interferencia de la autoridad pública de acuerdo al artículo 8.2 los principios son similares.

En ciertos casos la Corte ha manifestado que, dada la gravedad del problema ambiental analizado, el Estado tenía la carga de probar como ha afrontado el mismo. Por tal razón, resulta central que la política estatal tendiente a revertir procesos de contaminación resulte obligatoria para el sector privado. El factor esencial en esos casos consiste en corroborar cómo el Estado protege los derechos de los individuos por medio de la regulación de la industria privada. Debe valorarse, por lo tanto, la capacidad de reacción del Estado ante la persistencia de situaciones de daño ambiental, esto es, cuáles son los mecanismos legales empleados para reducir la contaminación a niveles aceptables o, al menor, excluir a los afectados de sus efectos.²¹

18 Caso ÖNERYILDIZ v. TURKEY citado.

19 Caso ÖNERYILDIZ v. TURKEY citado.

20 Caso ÖNERYILDIZ v. TURKEY citado.

21 Caso LEDYAYEVA, DOBROKHOTOVA, ZOLOTAREVA and ROMASHINA v. RUSSIA, del 26 de Octubre de 2006.

La responsabilidad internacional del Estado por la omisión en la regulación de las actividades privadas nocivas para el medio ambiente no resulta, como vemos, discutible. Es a esta altura, claramente insuficiente, considerar que el deber estatal en la materia se limita a la abstención de incurrir en actividades nocivas; es clara la obligación positiva de regular y monitorear la actividad de los particulares de modo de evitar que aquellos lesionen el medio ambiente. Las omisiones en este plano determinan la responsabilidad.

De tal manera, la Corte considera que se configura una violación al artículo 8° cuando –pese al margen de apreciación dispensado al Estado– aquel no logra un equilibrio adecuado entre el interés de la comunidad en contar con determinados emprendimientos industriales y el derecho de los individuos al disfrute de la vida privada y familiar. Ello ocurre, especialmente, cuando se priva de efecto útil a la maquinaria procedimental provista por el derecho doméstico para la protección de los derechos individuales, especialmente aquella que impone la obligación de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental en forma previa a cualquier proyecto con consecuencias ambientales potencialmente nocivas y de brindar a los particulares la posibilidad de participar en el proceso de autorización del emprendimiento y de presentar sus impugnaciones a las autoridades judiciales para obtener, en su caso, una orden de suspensión de la actividad riesgosa.²²

III. EL MEDIO AMBIENTE ANTE LA CONVENCIÓN AMERICANA

III.1. Criterios de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana inserta al medio ambiente sano como un componente más del *corpus juris* internacional que se desprende del artículo 4° de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26° de la misma, y de los artículos 10° (Derecho a la Salud); 11° (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 1° (Derecho a la Alimentación); 13° (Derecho a la Educación) y 14° (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador.²³

En ese orden, la Corte ha desarrollado con precisión cuales son las garantías exigibles frente a restricciones que pongan en riesgo el medio ambiente. Si bien estos criterios se han expuesto en torno de las comunidades indígenas, entendemos que resultan de aplicación general a la temática ambiental siempre que nos encontremos frente a un colectivo afectado. Es

por ello que los requisitos impuestos al Estado para la habilitación de actividades que repercuten en el ecosistema resultarían aplicables a supuestos diferentes de las comunidades indígenas, destacándose los siguientes:²⁴

- a) La *efectiva participación* de los grupos afectados, obligación que implica que el Estado debe aceptar y divulgar información, que las consultas deben ser de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de alcanzar el consenso. Además, la consulta debe hacerse efectiva desde el primer momento de elaboración del proyecto y teniendo en cuenta los métodos propios de la comunidad para la toma de decisiones, especialmente, en el tiempo que ellos puedan insumir. El gobierno también debe garantizar que la comunidad conozca, fehacientemente, los riesgos involucrados, tanto para la salud como el ambiente.
- b) El Estado debe garantizar que ninguna concesión será otorgada en territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes e idóneas técnicamente, bajo la supervisión estatal, ejecuten un *estudio previo de impacto ambiental y social*.

En suma, en la línea desarrollada por la Corte Americana entendemos que los requisitos de participación y evaluación previa de impacto ambiental resultan exigibles de forma genérica por parte de todos los grupos afectados, aún cuando no sean comunidades indígenas.

III.2. Criterios de la Comisión Interamericana

Por su parte, la Comisión Interamericana tiene dicho que:²⁵

«El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos».

«El derecho a la vida, consagrado en el artículo 4° de la Convención Americana es fundamental en el sentido de que no es derogable y constituye la base para el ejercicio de todos los demás derechos... El derecho a que se respete la vida individual no se limita, sin

22 Caso GIACOMELLI v. ITALY citado.

23 Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 66.

24 Caso THE SARAMAKA PEOPLE v. SURINAMÉ. 28 de Noviembre de 2007.

25 Comisión IDH, INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ECUADOR. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS HABITANTES DEL INTERIOR DEL ECUADOR AFECTADOS POR LAS ACTIVIDADES DE DESARROLLO. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997

«En otras palabras, al momento de determinar el alcance del margen de apreciación permitido al Estado, debe examinarse si se ha dado suficiente peso a los intereses de los particulares, así como si se han puesto a disposición de aquellos suficientes garantías procedimentales»

embargo, a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas».

«La Comisión reconoce que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo la otorgación de concesiones y la apertura a inversiones internacionales. Sin embargo, la Comisión considera que la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana».

«La Convención Americana sobre Derechos Humanos se sustenta en el principio de que los derechos son inherentes al individuo por el solo hecho de ser humano. El respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano».

«El acceso a la información es un prerequisite para la participación pública en la toma

de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13° de la Convención Americana. Las leyes nacionales disponen que las partes que soliciten autorización para llevar a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente deben realizar, como condición previa, evaluaciones de las repercusiones ambientales y suministrar otra información específica».

«La participación pública en la toma de decisiones permite, a quienes tienen en juego sus intereses, expresar su opinión en los procesos que los afectan. La participación del público está vinculada al artículo 23° de la Convención Americana, donde se establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho de «participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos», así como al derecho de recibir y difundir información... Sería menester informar a los individuos afectados y oír su opinión respecto a las decisiones que los afectan.»

IV. EL MEDIO AMBIENTE SANO Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

La protección transnacional del medio ambiente, en muchos casos, se vincula con la tutela específica de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. Ello aparece lógico dada la relevancia que posee un medio ambiente sano para el disfrute de los derechos más esenciales. En definitiva, la indivisibilidad de los derechos nos muestra, en este caso, que la protección del medio ambiente ingresa al sistema de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, por conducto de las diversas normas que seguidamente analizaremos.

i) Derecho al Agua

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶ ha explicado que, aún cuando el artículo 11° del Pacto Internacional no enuncia expresamente dentro del derecho a un nivel de vida adecuado al acceso al agua, indudablemente el mismo cae bajo su esfera, dado que es una de las condiciones esenciales para la supervivencia. Cabe aclarar que el derecho al agua no se limita al acceso al recurso para consumo personal, sino también para el desarrollo sustentable del mismo en función de actividades tales como la agricultura.

Como dijimos, el sentido de trazar un paralelo con este régimen reside en que *el derecho a un medio ambiente sano, aún cuando no posea una regula-*

ción expresa en los tratados vigentes de derechos humanos, se ve incorporado dentro de sus mecanismos procedimentales y orgánicos de protección por encontrarse directamente interrelacionado con el disfrute de los derechos sí expresamente consagrados.

Muestra de lo anterior será que las medidas concretas de protección del derecho al agua que se traducen en acciones gubernamentales en materia ambiental serán aquellas que aseguren condiciones de:

- a) Disponibilidad: El suministro de agua para cada persona debe ser suficiente y continuo para uso doméstico y personal, tales como bebida, aseo personal, preparación de comida.
- b) Calidad: El agua debe ser segura y por lo tanto libre de microorganismos, sustancias químicas o riesgo de radiación que constituyan una amenaza para la salud. Además, el agua para uso doméstico debe ser de color, olor y sabor aceptables.
- c) Accesibilidad: El agua y los servicios para su suministro deben ser accesibles a todos sin discriminación de ninguna índole. Este recaudo presenta cuatro dimensiones superpuestas:
 - (i) Accesibilidad física: Los servicios de abastecimiento adecuado de agua deben encontrarse al alcance seguro de todos los sectores de la población. Una cantidad de agua suficiente, segura y aceptable debe ser accesible dentro –o en inmediata cercanía- de cada hogar, institución educativa y lugar de trabajo. Todos los servicios de suministro deben ser de suficiente calidad, culturalmente apropiados y sensibles a los requerimientos de género, edad y privacidad. La seguridad física no debe ponerse en riesgo durante el acceso a los servicios de abastecimiento.
 - (ii) Accesibilidad económica: Los servicios de abastecimiento deben ser asequibles para todos. Los costos directos e indirectos y los cargos para asegurar el recurso deben ser asequibles y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos.
 - (iii) No discriminación: Los servicios de abastecimiento deben ser accesibles para todos, incluidos los sectores más vulnerables o marginados de la población, de hecho o de derecho, sin discriminación basada en ningún factor prohibido.
 - (iv) Accesibilidad a la información: La accesibilidad incluye el derecho a buscar, recibir y difundir información concerniente al agua.

Al igual que con los restantes derechos humanos, las conductas exigibles al Estado se desagregan frente al acceso al agua en las obligaciones de respeto,

protección y cumplimiento (aplicación), la cual se desagrega en el deber de facilitar, promover y proporcionar el derecho. Todas estas obligaciones tienen correlato lógico en asegurar la preservación del medio ambiente.

- a) Obligación de respeto
Implica en esta materia abstenerse de realizar cualquier práctica o actividad que obstaculice o limite el acceso igualitario a agua adecuada, de interferir arbitrariamente en los mecanismos consuetudinarios o tradicionales para el suministro de agua, de disminuir o contaminar el agua. Ello implica un deber estatal de abstención concreto respecto de toda práctica nociva para el medio ambiente.
- b) Obligación de protección
Enfatiza el indelegable deber regulatorio que prevenga la interferencia de terceros, incluyendo individuos, grupos, corporaciones y otras entidades, en el disfrute del derecho. Ello comprende la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que resulten eficaces para evitar que esos terceros lleven a cabo actividades de obstaculización del acceso igualitario al recurso, contaminación o extracción inequitativa del mismo.

Puntualmente, cuando los servicios de agua (redes, tanques, acceso a ríos o lagos) son operados o controlados por terceros, los Estados deben evitar que los mismos comprometan el acceso igualitario y accesible a suficiente agua de calidad. Para prevenir esos abusos debe establecerse un sistema regulatorio efectivo de conformidad con el Pacto, que incluye:

- a) Monitoreo independiente (entes reguladores);
- b) Participación pública genuina (participación directa de los usuarios en el diseño de los marcos regulatorios y tarifas) e;
- c) Imposición de penalidades por incumplimiento (prerogativas sancionatorias en el marco de contratos de concesión de servicio público o licencias);

Como puede notarse, la regulación del servicio público de suministro de agua potable o saneamiento encuentra parámetros concretos desde el prisma de los derechos en juego en materia tarifaria, control por autoridades independientes, participación ciudadana y medidas frente a incumplimientos. Esos mismos parámetros regirán la regulación de las obligaciones de los prestadores en materia ambiental.

- c) Obligación de cumplimiento
En este campo, cumplir implica, al menos:
 - i) facilitar, por medio de medidas positivas para la asistencia de individuos y comunidades, el goce del derecho al agua;

- ii) Promover, por medio de una educación apropiada sobre el uso higiénico del agua, protección de las fuentes de agua y métodos para su ahorro;
- iii) Proveer el agua a aquellas personas o grupos impedidos, por razones ajenas a su control, de realizar el derecho por medios a su alcance:

Esto se traduce en medidas tales como implementación legislativa de una estrategia nacional respecto del agua, el aseguramiento de su disponibilidad por medio de políticas de acceso a bajo costo o gratuito, proporción tarifaria entre pobres y ricos, tratamiento sustentable, extensión progresiva de las redes de saneamiento, especialmente a medios rurales y zonas urbanas privadas de ella, entre muchas otras que detalla el Comité.

Entre las obligaciones básicas inderogables, esto es, el deber inmediato de aseguramiento de niveles mínimos de goce de cada derecho, en materia de agua se destacan:

- a) Acceso a una cantidad mínima de agua para uso doméstico;
- b) No discriminación en el acceso a los servicios;
- c) Acceso físico a agua suficiente, segura y regular, evitando cortes de suministro o distancias excesivas entre el usuario y la fuente del recurso;
- d) Seguridad personal en el acceso al agua
- e) Distribución equitativa de todos los servicios de suministro existentes;
- f) Adopción de un plan de acción nacional destinado a toda la población, en base a un proceso transparente y participativo, que incluya métodos tales como indicadores y puntos de referencia que permitan su monitoreo y tome especialmente en cuenta a los sectores menos aventajados.
- g) Monitoreo del alcance de la realización o no del derecho al agua;
- h) Adopción de programas de agua a bajo costo para grupos vulnerables;
- i) Adopción de medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades vinculadas con el agua.

Las violaciones por comisión comprenden la adopción de medidas regresivas incompatibles con las obligaciones esenciales, la derogación o suspensión

de las normas necesarias para el disfrute del derecho, la adopción de normas o políticas incompatibles con obligaciones internas o internacionales preexistentes, entre otras. Las violaciones por omisión comprenden, por ejemplo, el fracaso en la adopción de medidas o la carencia de un plan nacional en la materia.

Otra obligación relevante en esta temática consiste en dotar de remedios efectivos para todo afectado en su derecho al agua. Ello tiene su correlato en el plano ambiental en la necesidad de diseñar mecanismos efectivos de protección de los individuos o grupos que se vean afectados en el disfrute de este derecho.

ii) Derecho a una alimentación adecuada

De modo similar a lo que sucede con el agua, este derecho determinará la incorporación del derecho al medio ambiente sano dentro del sistema de protección convencional, pues una alimentación adecuada demandará en muchos casos prácticas estatales concretas de preservación del hábitat. En ese marco, el manejo sustentable de los recursos tanto naturales como de otra índole, aparece como un factor determinante en el éxito de la acción estatal para garantizar la alimentación de su población, lo cual nuevamente nos muestra la imposibilidad de realizar un abordaje aislado de los derechos humanos. El derecho a un medio ambiente sano encuentra una de sus premisas en derechos tales como los aquí analizados.

Rigen respecto de este derecho las mismas condiciones de accesibilidad comentadas sobre el agua, así como similares pautas en relación al contenido de las conductas debidas por el Estado.

iii) Derecho a la Salud

Dentro de las violaciones al deber de protección, el Comité ha destacado a las omisiones en la adopción de las medidas necesarias para proteger a las personas de las violaciones del derecho a la salud por terceros, lo cual incluye las falencias en la regulación de las actividades de individuos, grupos o corporaciones destinada a prevenir que aquellos incurran en actividades nocivas y -especialmente- en la prevención de la contaminación por parte de empresas

iv) Derecho a una vivienda adecuada

Otro derecho que ha sido objeto de un detenido abordaje por el Comité es relativo a la vivienda.²⁷ En este punto, el Comité ha declarado que en función de la dignidad inherente a la persona de la cual derivan los derechos del Pacto, el término vivienda

26 Twenty-ninth session (2002) General comment No. 15: The right to water (arts. 11 and 12 of the Covenant)

27 Sixth session (1991)* General comment No. 4: The right to adequate housing (artículo 11 (1) of the Covenant).

debe ser asegurado a todas las personas independientemente de su ingreso o acceso a recursos económicos y contiene –como mínimo– exigencias relativas a privacidad, espacio, seguridad, iluminación, ventilación, infraestructura y ubicación adecuados, todo ello a un costo razonable.

Los aspectos centrales de este derecho también dan cuenta de la indivisibilidad que existe entre el goce del derecho a un medio ambiente saludable y otros derechos consagrados expresamente en el plano convencional.

V. LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y EL MEDIO AMBIENTE.

Cabe ahora preguntarnos cual es el rol de la administración respecto del cuidado y preservación del medio ambiente en el escenario descripto.

En tal sentido, creemos que la tutela administrativa del medio ambiente consistiría en aplicar la regla conforme la cual todo emprendimiento público o privado que pueda producir alteraciones significativas en el ambiente debería contar con una autorización previa, emitida luego de producida la pertinente evaluación previa de impacto ambiental. Esta a su vez deberá revestírsela de determinadas condiciones para que pueda producir efectos validos dentro del procedimiento autorizatorio administrativo.

La reseña que hemos efectuado de la mirada de protección internacional del medio ambiente, demanda un ejercicio de intervención estatal fuerte por medio de las denominadas *autorizaciones*; siendo la evaluación del impacto ambiental un factor decisivo para el otorgamiento de las mismas.

«La responsabilidad internacional del Estado por la omisión en la regulación de las actividades privadas nocivas para el medio ambiente no resulta, como vemos, discutible»

La evaluación del impacto ambiental de la autorización administrativa adquiere así una relevancia mayor transformándose en un requisito formal de la emisión de dicha autorización.

V.1. Las técnicas autorizatorias. Algunas precisiones

i) La autorización como condición de validez

EL principio de prevención en materia ambiental obliga a entender a la autorización como una condición de *licitud* de la actividad que afecta al ambiente. Las actividades que no cuenten con esa autorización serán, entonces, ilegales.

Toda la doctrina –nacional y extranjera- y la propia jurisprudencia de la Corte Federal Argentina caracterizan a la autorización como un *recaudo previo de validez* de un acto privado o administrativo, dictado en ejercicio de facultades de control atribuidas a un ente público sobre los particulares, como sucede en esta materia, o sobre un órgano inferior.²⁸

28 Ha explicado desde antaño Bielsa que «El acto de contralor puede ser previo o posterior al acto principal; en lo primero hay autorización; en lo segundo aprobación», aclarando que la autorización «implica una limitación o restricción a la capacidad de obrar o a la competencia para decidir y ejercer un poder (según se trate de persona jurídica civil o de ente autárquico, respectivamente)». Expone dicho autor con contundencia que «el acto que requiere aprobación carece, hasta que ella se da, de eficacia y fuerza ejecutoria. Por el contrario, cuando se pide autorización para un acto, el no existe aún, solo hay una propuesta, un proyecto o un plan. La autorización es la decisión por la cual se faculta para que se celebre un contrato o para que se establezca una norma» (BIELSA, Rafael, Principios de Derecho Administrativo, Edición, El Ateneo, Buenos Aires, 1948, p. 79 y 80). De manera coincidente, MARIENHOFF expresa que «La autorización es el acto administrativo en cuya virtud un organismo administrativo, o una persona particular, pueden quedar facultados para: a) emitir un acto jurídico; b) para desplegar cierta actividad o comportamiento. Trátase de un medio de control preventivo, "a priori", vale decir, de un control que debe producirse antes de que el acto pertinente sea emitido por el órgano o persona controlados, o antes de que el comportamiento sea realizado: una vez otorgada la autorización por el órgano controlante, el acto puede emitirse o el comportamiento realizarse válidamente» (MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, T° I, ABELEDO PERROT, Bs.As, 1988, p. 636). Prosigue dicho autor resumiendo que «La autorización actúa, entonces, como requisito para la validez del acto en cuestión. Tal es su principal efecto jurídico. Si dicho acto se dictare sin contar con la autorización, trataríase de un acto inválido por ilegítimo. Del mismo modo, si el comportamiento o actividad se llevasen a cabo sin contar con esa previa autorización, el comportamiento o actividad serían ilícitos, con todas sus consecuencias» (MARIENHOFF, ob. cit. p. 636). En fin, «Mediante la autorización, la voluntad del órgano o persona controlados queda integrada con la voluntad del órgano controlante» (MARIENHOFF, ob. cit. p. 636). Aventura toda duda sobre los concretos alcances de la figura autorizativa, se aclara allí que «la autorización no solo puede referirse a la actuación de organismos o entes públicos, sino también a la de personas particulares; en ambos casos se tratará de un acto de control realizado por la Administración». Siguiendo tal sendero es que se ha definido invariablemente que «la autorización solo implica la remoción de un obstáculo legal para ejercicio de un poder o derecho preexistente» (USLENGHI, Alejandro «La autorización para construir», Poder de Policía y Poder Municipal, pp. 61; GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, V° II, Tecnos, Madrid, 2002, p. 176; TAWIL Guido S. «A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas», RAP, Año XXI, N° 252, pp. 18; CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, T° II, ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 2000, p. 464; MEILÁN GIL, José Luis, «Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión», RAP, Madrid, 1973, p. 59, entre otros). Por su parte GORDILLO expresa que «cuando la ley exige que antes de

En ese orden, se ha remarcado con lucidez que en el caso de la autorización «una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la Administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos».²⁹

En similar tesitura, la Corte Federal Argentina se ha ocupado específicamente de delimitar los alcances que cabe asignar al acto de autorización por parte de un organismo público³⁰, explicando que -a diferencia de la aprobación- la autorización no confiere eficacia sino validez a la decisión y es una actividad de control que se desarrolla con anterioridad a la emisión misma del acto y no a su ejecución.

En fin, la autorización supone el consentimiento administrativo a la realización de una actividad privada o al dictado de un acto administrativo y tal consentimiento se configura como un requisito previo y necesario para el ejercicio válido de la actividad. De ahí su relevancia como instrumento preventivo.

ii) Autorización y derechos preexistentes

Por otra parte, tradicionalmente la autorización ha sido definida como aquel acto administrativo por el cual se levanta la condición puesta al ejercicio de un derecho preexistente del administrado, a resultas de lo cual se ha insistido en la ausencia de un derecho *ex novo* del particular y en el consiguiente carácter declarativo de este instituto.

Específicamente, la autorización ha sido definida por la Corte Suprema de la Nación como «una decisión administrativa que acredita el cumplimiento de determinadas exigencias reglamentarias y posibilita el ejercicio del derecho cuyo goce preexiste».³¹

Sin pretender ingresar en un área tan espinosa como la referida, corresponde apuntar que la conceptua-

lización antedicha de la técnica autorizatoria permite algunas matizaciones.

No parece ajustada la disociación entre el *derecho preexistente* y su *ejercicio* -el cual recién se tornaría posible a partir de la remoción del obstáculo por parte de la Administración- desde el momento en que es claro que sólo la autorización estatal permite desarrollar la actividad y sin tal autorización la misma es prohibida. Así, no es correcto separar los derechos de su ejercicio, distinguiendo la existencia de un derecho que el titular posee pero que no puede ejercer para -con base en tal argumento- enunciar los alcances declarativos de la figura.

Por el contrario, la autorización supone el consentimiento administrativo a la realización de una actividad privada. Tal consentimiento se configura como un requisito necesario para el ejercicio de la actividad, comportando así una limitación -necesariamente legal y expresa- a la esfera de libertad del sujeto, en tanto sustrae una determinada acción individual del ámbito de la libre decisión y la somete a la previa conformidad estatal con fundamento en el interés general involucrado en la misma.

De tal manera, no sería propio hablar de un derecho preexistente ni del carácter declarativo de la autorización, en tanto ello supondría postular que los individuos titularizan derechos cuyo goce se encuentra sometido al previo consentimiento estatal, cuando -precisamente- nuestro sistema jurídico se erige sobre la base de una esfera de libertad en la que no se requiere anuencia alguna para actuar. Tal esfera puede ser restringida de forma específica por el Estado en atención a la relevancia comunitaria que posean determinadas actividades y, cuando ello sucede, el círculo de actuación absorbido por el Estado a partir de la regulación es perdido por el individuo, quien no goza ya de derecho alguno a ejecutar ciertas conductas a menos que cumpla las condiciones impuestas, como puede ser una previa autorización.

Por lo dicho, resulta más adecuada la definición brindada por García de Enterría al sostener que «la au-

dictarse un acto determinado debe requerirse la autorización de otro órgano (por ejemplo, las leyes orgánicas de las entidades autárquicas a veces las obligan a pedir autorización del Poder Ejecutivo para vender inmuebles o para realizar ciertas contrataciones), el acto dictado sin esa previa autorización es nulo y por lo tanto no es admisible su confirmación mediante una autorización a posteriori» (GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tº 3, Macchi, Buenos Aires, 1987, p. IX-14).

29 GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, «Curso de Derecho Administrativo», Tº II, Ed. Civitas, 1997 p. 135.

30 CSJN, «Herpazana S.R.L. c/ Banco de la Nación Argentina s/ contrato administrativo» del 16/12/1997. Allí el Alto Cuerpo Federal definió a la aprobación como «el acto unilateral del órgano aprobante el que da eficacia jurídica a la convención». Asimismo se enfatizó en la disidencia que «la aprobación importa una actividad de control que se despliega con posterioridad a la producción del acto y se configura en aquellos supuestos en los que el acto principal, si bien válido, no tiene vitalidad definitiva hasta que el órgano o autoridad superior lo aprueba, para lo cual lo examina y expresa su conformidad. Por esta razón, suele hacerse referencia a una especie de condición suspensiva. Mientras ella no se cumpla, el acto carece de eficacia y de fuerza ejecutoria es decir, no genera derechos subjetivos para los particulares ni tampoco obligaciones en tanto no sea aprobado por la autoridad superior». A resultas de lo dicho es claro que -a diferencia de la aprobación- la autorización no confiere eficacia sino validez a la decisión y es una actividad de control que se desarrolla con anterioridad a la emisión misma del acto y no a su ejecución. En igual sendero: CSJN, «Turdera S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora» del 15/04/1997, LL 1997-E, 780; «Necon S.A c/ Dirección Nacional de Vialidad», Fallos 311:1181.

31 CSJN, «Motor Once S.A.C.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires» del 14/05/1987, Fallos 310:943.

«En tal sentido, creemos que la tutela administrativa del medio ambiente consistiría en aplicar la regla conforme la cual todo emprendimiento público o privado que pueda producir alteraciones significativas en el ambiente debería contar con una autorización previa, emitida luego de producida la pertinente evaluación previa de impacto ambiental»

torización se perfila hoy como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente».³²

El emprendimiento que afecta el medio ambiente de forma significativa debe considerarse como una actividad inicialmente prohibida, con lo cual no existe derecho preexistente alguno. Sólo mediante la autorización –emitida luego de corroborar el impacto real de la actividad- nacerá en cabeza del particular, el derecho a poner en ejecución su proyecto. La gravedad de la materia en juego –y especialmente el carácter irreparable que suele tener el daño ambiental- demanda, creemos una actividad de intervención estatal acorde.

V.2. El impacto ambiental

Toda medida administrativa que pueda incidir en el medio ambiente debe incorporar –como un elemento esencial- la previa evaluación del impacto ambiental que conllevará la actividad pendiente de autorización; debiendo necesariamente instituirse reglas tendientes a dotar de eficacia a tal procedimiento.

Si una de las premisas fundamentales en materia de protección del medio ambiente reside en el diseño de alternativas de prevención eficaces, en el plano ad-

ministrativo, esta directiva se traduce en la incorporación procedimental de mecanismos de *control integrado e integral* relativos a los efectos ambientales que una determinada medida produce.

Esos mecanismos deben encontrarse rodeados de las siguientes garantías:

- i) Independencia técnica;
- ii) Publicidad plena;
- iii) Participación ciudadana;
- iv) Posibilidad amplia de suspensión de los efectos.

En efecto, el problema fundamental que nos plantea la materia ambiental reside en la prevención del daño. Es ahí donde la Administración debe depositar todos sus esfuerzos.

Los presupuestos mínimos de protección deberían contener, por lo tanto, determinadas directivas procedimentales que materialicen el control integrado de la pertinente decisión administrativa.

a) El control del impacto ambiental como componente formal de la medida administrativa.

El control, desde la óptica aquí ensayada, debe encontrarse integrado en el procedimiento de emisión y ejecución del acto administrativo que habilite la realización de cualquier actividad que repercuta en el medio ambiente. Debe entenderse desde ese punto de vista como un recaudo formal que hace a la validez del acto, reglamento o contrato de que se trate.

Cuando nos encontramos ante la afectación de un bien comunitario esencial caracterizado por la indeterminación de sus titulares, la constatación sobre la ausencia del daño ambiental no puede confiarse exclusivamente a los ataques de los ciudadanos por medio de denuncias o impugnaciones -si bien esa participación debe asegurarse ampliamente- sino que el propio sistema debe tener prevista la intervención obligatoria y previa de órganos independientes que verifiquen la potencialidad dañosa y sus consecuencias.

Las técnicas de evaluación del impacto ambiental deben ser entendidas como integrantes del elemento *procedimiento* de formación de la voluntad administrativa, englobada en una concepción amplia dentro de la *forma* del acto administrativo. En consecuencia, la falta de recaudo previo a la emisión derivará en la nulidad absoluta del mismo.

Conviene aclarar que no será procedente la subsanación –completando esta evaluación con posterioridad a la puesta en marcha de la actividad- por cuanto ello importa descalificar toda la trascendencia que se asigna a la necesidad de que el control

(32) GARCIA DE ENTERRIA – FERNÁNDEZ, ob. cit.p.139.

sea previo a la emisión de la voluntad. Si pretendemos poner el acento en la prevención del daño ambiental, este debe ser un antecedente lógico de la decisión de habilitar la actividad, por cuanto el mismo —en la visión que aquí se intenta— sólo tiene el sentido que se pretende asignarle en una etapa previa a la formación de la decisión administrativa autorizatoria.

b) Independencia técnica en la evaluación

Esta evaluación debe ser llevada a cabo por funcionarios rodeados de las garantías de independencia necesarias. En efecto, el control *integrado* propuesto no debería ser desarrollado por funcionarios jerárquicamente dependientes de la autoridad con facultad de decisión, sino que se requiere la conformación de una serie de resguardos que tiendan a asegurar la total independencia del órgano de control.

No debería, entonces, aplicarse el principio de jerarquía en el diseño de la organización encargada de evaluar el impacto ambiental, sino que deberían configurarse estamentos técnicos que gocen de independencia técnica, desde que hace a la racionalidad del modelo que el funcionario encargado de la tarea no posea un posicionamiento previo frente al sujeto ni a la actividad controlados, y más aún que carezca de todo interés personal en su resultado, en el sentido en que la eventual solución a la que se arribe no modifique en nada su status jurídico o fáctico, por cuanto todo interés propio lo apartaría de la posibilidad de interpretar objetivamente la regla frente a la que debe cotejar el acto.

Por el contrario, si la evaluación se mezcla con valoraciones políticas o económicas sobre la conveniencia del proyecto, la función preventiva perderá en gran parte sentido. Dada la relevancia de los principios en juego y lo irreparable del daño que las falencias en este punto traen aparejadas, el presupuesto de la independencia puede procurarse a través de los siguientes mecanismos:

- i) El proceso de designación debe ser complejo, con la necesaria intervención del órgano deliberativo, previa realización de un procedimiento de preselección que asegure los principios de publicidad, concurrencia e igualdad. En el análisis de los aspirantes debe darse amplia participación a diversos sectores representativos de la comunidad, así como a la eventual impugnación y/o consulta de cualquier ciudadano;
- ii) Tales reglas para la designación deben ser aplicadas a todos los funcionarios que integren el órgano de evaluación, a excepción de aquellos agentes integrantes de los cuadros administrativos que carezcan de potestades decisorias. Es

decir que no podrá atribuirse a la autoridad máxima del órgano de control la facultad de designación de los funcionarios *inferiores*, pues ello posibilita el *copamiento* del sistema. De tal forma, todos los agentes con competencia decisoria deben ser designados por un mecanismo que asegure las reglas expresadas precedentemente. Una eventual distinción podría plantearse en torno de exigir una conformidad por mayoría calificada del órgano deliberativo para la selección de la autoridad máxima de control.

- iii) Los funcionarios de control con competencia decisoria deberán gozar de inamovilidad en el cargo e intangibilidad de sus remuneraciones.
- iv) Los procedimientos de remoción también deben ser complejos, fundados en causales de mala conducta de carácter objetivo.

c) Publicidad y participación ciudadana previa a la decisión

Finalmente —una vez que se concreta la evaluación— deberá ser dotada la futura decisión de una amplia publicidad, habilitándose la participación —por medio de observaciones, impugnaciones y peticiones en general— de cualquier persona. Es fundamental que esa participación sea genuina y que los participantes obtengan una respuesta concreta por parte de la autoridad con competencia para decidir, instancia en la cual el principio de debida fundamentación adquiere particular valor.

Cabe enfatizar que esa participación debe ser previa a la emisión de la decisión, sobre todo porque, desde que intentamos buscar alternativas que sirvan en la práctica a una prevención administrativa eficaz de los daños al ambiente, no podemos desconocer ciertas facetas propias de la construcción de las potestades administrativas, cuyas proyecciones inciden definitivamente en los resultados que el modelo presente. Justamente, la potestad de autotutela declarativa y ejecutoria —de acuerdo a las cuales la decisión será plenamente válida hasta que la autoridad estatal declare lo contrario— hace necesario pensar en mecanismos que condicionen la emisión misma de la medida.

Por ello, y dentro de lo incierto de la cuestión, debe rodearse al control integrado de garantías orgánicas específicas que posibiliten esa eventual declaración de invalidez, pero que además limiten la potestad autoejecutoria, especialmente en proyectos de gran envergadura. En tales supuestos, frente a la *evaluación negativa* efectuada por el órgano de control en el marco de la emisión de la voluntad estatal, las potestades de emisión y ejecución del acto —en cabeza del órgano de administración activa— deben quedar *demoradas*. CA