



Aspectos o cuestiones procesales

**Programa Interamericano
de Capacitación Judicial sobre
el Estado de Derecho Ambiental**



Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental

Módulo IV:
Aspectos o cuestiones procesales



Desarrollo Sostenible
Organización de los Estados Americanos

Departamento de Desarrollo Sostenible
Organización de los Estados Americanos

DERECHOS DE AUTOR© (2016) Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Publicado por el Departamento de Desarrollo Sostenible. Todos los derechos reservados bajo las Convenciones Internacionales y Panamericanas. Ninguna porción del contenido de este material se puede reproducir o transmitir en ninguna forma, ni por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabado, y cualquier forma de almacenamiento o extracción de información, sin el consentimiento previo o autorización por escrito de la casa editorial.

ISBN 978-0-8270-6514-7

OAS Cataloging-in-Publication Data
Organization of American States. Department of Sustainable Development.

Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental / [Publicado por el Departamento de Desarrollo Sostenible de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos].

p. : ill. ; cm. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.D/XXIII.38)

ISBN 978-0-8270-6514-7

1. Environmental law. 2. Environmental justice. 3. Sustainable development. I. Title. II. Series.

III. World Commission on Environmental Law.

IV. United Nations Environmental Programme.

OEA/Ser.D/XXIII.38

Los contenidos expresados en el presente documento se presentan exclusivamente para fines informativos y no representan opinión o posición oficial alguna de la Organización de los Estados Americanos, de su Secretaría General o sus Estados Miembros, ni del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente o la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

Diseño, diagramación e imágenes:
María Montas, André Sonza y OGWA



Comité de asesoría

S.E. Sheila Abed

Consejera de la Entidad Binacional Yacyretá y
Ex-Ministra de Justicia de Paraguay.

S.E. Antonio Benjamin

Ministro del Superior Tribunal de Justicia de Brasil

Scott Fulton

Presidente del Instituto de Derecho Ambiental (ELI).

Jeffrey B. Gracer

Sive Paget & Riesel, P.C.

S.E. Dr. Ricardo Lorenzetti

Ministro Presidente de la Corte Suprema de
Justicia de la Nación Argentina.

Kenneth Markowitz

Director Ejecutivo del International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE)

Elizabeth Mrema

Directora PNUMA-DELC.

S.E. Sergio Muñoz

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Chile.

Cletus Springer

Director, Departamento de Desarrollo Sostenible
de la OEA.



Prólogo



En la Declaración de Santo Domingo para el Desarrollo Sostenible de las Américas, adoptada en 2010, los Ministros y Autoridades del hemisferio se comprometieron a promover el fortalecimiento y la aplicación efectiva de las leyes nacionales ambientales, teniendo en consideración el derecho internacional y las prioridades para el desarrollo sostenible.

En este contexto, la OEA se une a otras organizaciones regionales e internacionales con interés en el área, para lanzar el **Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental** compuesto por cinco módulos y una serie de estudios de caso, que forman parte esencial de la iniciativa *Protegiendo la Casa Común desde el Poder Judicial: Garantizando los derechos de más gente en las Américas*

El papel de la Justicia en la protección del medio ambiente ha sido demasiadas veces y durante demasiado tiempo ignorado. Los jueces son agentes de cambio, con gran capacidad para crear y promover una ciudadanía ecológica y hacer valer las leyes que sustentan el paradigma que se requiere para lograr un desarrollo sostenible, un desarrollo basado en la justicia, en la equidad y en la búsqueda de la paz como fin último, que no compromete las necesidades ni de las generaciones presentes ni de las futuras. El Estado de derecho al que contribuyen los jueces, es el elemento

de unión entre estos elementos y representa la única vía efectiva para lograr la equidad y el equilibrio necesario que pueda asegurar la sostenibilidad ambiental y el bienestar humano.

Los jueces tienen la imperiosa responsabilidad de hacer valer las leyes, y de además encontrar las medidas disciplinarias, sancionatorias y protectoras que garanticen la protección de un ambiente sano. Los jueces son, en fin, grandes aliados en la reducción de la conflictividad y la prevención de nuevas tensiones relacionadas con asuntos ambientales.

Las sentencias y la jurisprudencia no solamente tienen la facultad de cambiar el comportamiento humano y remediar situaciones que afectan a diario el bienestar de los ciudadanos, sino que también poseen un valor intrínseco en cuanto a la sensibilización de la población. En este contexto, los Poderes Judiciales son un pilar fundamental del sistema democrático y de la paz social.

El derecho ambiental es un derecho transversal y de amplio alcance, ya que el impacto de medidas adoptadas como parte de este marco trasciende lo local, y repercute en lo global y, en ocasiones, incluso afecta intereses colectivos y difusos. En este contexto, la tutela del medio ambiente ha generado cambios socioeconómicos, políticos y jurídicos de gran repercusión.

Para adoptar decisiones judiciales efectivas, en las que están en juego responsabilidades individuales, colectivas y del Estado, los principios de equidad y solidaridad deben conjugarse con el respeto y la aplicación de leyes y convenios ambientales.

Bajo este escenario, en la OEA estamos complacidos de haber impulsado el desarrollo de este Programa con el apoyo de socios como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y nuevos aliados en los Poderes y Escuelas Judiciales de las Américas para el fortalecimiento del Estado de derecho ambiental y el logro del desarrollo sostenible.

El programa y los módulos que permitirán su implementación simbolizan un nuevo paso hacia la garantía de lograr más derechos para más gente y que la justicia no sea ni ciega ni sienta adversidad a la hora de inclinar la balanza hacia aquellos que son más vulnerables, incluyendo la naturaleza.



Luis Almagro,
Secretario General

Organización de los Estados Americanos



Prefacio



Por **Ricardo Lorenzetti**¹

Los litigios en materia ambiental han tenido un crecimiento exponencial en todo sentido, presentando numerosos desafíos.

En todos los países del Planeta hay conflictos referidos al agua, su distribución, la deforestación de los bosques, la extinción de las especies o la destrucción del paisaje. En muchos de ellos se discuten aspectos de gran envergadura que hacen al desarrollo de un país y su sustentabilidad, como ocurre con la minería, o la expansión de la frontera agraria, o la utilización de agroquímicos. Este tipo de pleitos es absolutamente novedoso respecto de lo existente, porque el régimen de la prueba es flexible, las facultades judiciales son importantes y el tipo de sentencias presenta la necesidad de desarrollar instrumentos novedosos.

En muchos casos se involucran cuestiones constitucionales, como la división de poderes y en qué medida los jueces pueden controlar o guiar a la administración. Todos los fueros están involucrados, ya que el conflicto ambiental se puede presentar como una causa penal, administrativa, civil, o típicamente ambiental, y siempre hay aspectos procesales novedosos.

¹ Ministro Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina

En todos los sistemas democráticos se advierte un debate importante sobre estos temas. Los poderes ejecutivos, que responden a sistemas electorales, tienen incentivos inmediatos; están inclinados a prometer beneficios y a trasladar los costos. Es lo contrario que se necesita en la materia ambiental: políticas de largo plazo, basadas en restricciones presentes para beneficios futuros. Es en esta fisura donde la sociedad civil, las organizaciones de todo tipo, se presentan como actores institucionales de gran potencialidad, llevando adelante esos reclamos y lo hacen ante los jueces. Los poderes judiciales no responden a incentivos inmediatos, ni electorales, y por ello son actores no ortodoxos dentro del estatuto constitucional del poder.

Los jueces y juezas tienen la posibilidad de aportar armonía en un mundo cada vez más conflictivo en este tema. La cuestión es poder señalar directivas jurídicas que puedan orientar, en base a principios y valores, hacia una mejor armonía entre el sistema económico, el social y el ambiental. La realidad es que hoy van por caminos distintos, la economía colisiona con el ambiente al producir en base al agotamiento de los recursos. La sociedad consume sin límites, y se produce una nueva crisis derivada del sobre consumo no sustentable.

Es vital contar con una judicatura y unas instancias judiciales independientes para la puesta en marcha, el desarrollo y la aplicación del derecho ambiental, y los miembros del Poder Judicial, junto con quienes contribuyen a la función judicial en los planos nacional, regional y mundial, son asociados cruciales para promover el cumplimiento, poner en marcha y aplicar el derecho ambiental nacional e internacional.

El derecho entonces puede modelar las instituciones de una sociedad, puede modelar las conductas sociales y por eso tiene un rol importantísimo en esta cuestión ambiental.

La primera función que pueden cumplir las Cortes aplicando el derecho ambiental es influir en la gobernabilidad, y para eso se necesitan Cortes que puedan actuar con prudencia. Los Tribunales pueden señalar indicadores de políticas de mediano a largo plazo para que los demás poderes del Estado puedan articular una decisión beneficiosa para el cuidado del ambiente.

El segundo rol que pueden cumplir las Cortes, es el de árbitros institucionales. Sabemos que muchos conflictos ambientales enfrentan sectores sociales y políticos de manera muy grave. Entonces, las Cortes pueden convocar a audiencias públicas y de esa manera ponerlos de acuerdo en tratar de conciliar y señalar un camino para que estos conflictos sean menos costosos en términos sociales. Este segundo rol de las Cortes en materia de arbitraje institucional es muy importante para atender la conflictividad ambiental de nuestros días.

Para cumplir este rol, los poderes judiciales tenemos muchas facultades, solo hace falta que tengamos la decisión de ser jueces comprometidos con la realidad social y con el derecho.

Es necesario también señalar que esto no lo podemos hacer solos. Por eso creo que trabajar de modo conjunto en los ámbitos internacionales, como con la plataforma de la OEA, es una gran oportunidad para que todos los jueces podamos construir una red que permita estar conectados y compartir experiencias

entre los distintos poderes judiciales en ésta área a los fines de mejorar nuestra capacidad, mejorar los niveles de implementación de los tratados internacionales, mejorar nuestra propia institucionalidad, conocer y compartir experiencias.

Nuestro deber primordial es llevar adelante la tarea, mejorar la gobernabilidad, colaborar con la justicia social tratando de distribuir los costos con mayor equidad y colaborar internacionalmente para que tengamos un mundo mejor.

Esta posición frente a las expectativas sociales confiere a todos los magistrados una gran responsabilidad, de la que no pueden escapar, y de la que se deben sentir orgullosos.

No hay duda alguna de que existen litigios, que presentan novedades, y que es necesario su estudio a través de Programas como este.



Prefacio



Por **Sergio Muñoz**²

“Toda explotación debe ser sustentable, que no es otra cosa que hacerlo con responsabilidad, actuar que legitima la conducta de la humanidad”.

Frente a la naturaleza, el equilibrio ecológico, el desarrollo sustentable y el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente limpio y saludable, la humanidad tiene el deber de efectuar una actuación razonada y prudente, sin que con la exploración y explotación de los recursos naturales, como de la generación del bienestar económico y social, llegue a comprometer el futuro de la misma humanidad.

Lo anterior fundamenta la responsabilidad común en esta tarea, la cual corresponde ser realizada sobre la base de estándares objetivamente controlables. Es así que el elemento esencial para encontrarnos frente a un derecho autónomo de la persona a la protección del medio ambiente, es el reconocimiento jurídico por parte de la Administración, de la necesidad de fijar estándares de calidad ambiental que sean susceptibles de ser reclamados por las personas, los que no pueden ser realizados sin la acción gubernamental para proteger el medio ambiente. Por ello se requiere que el Estado reconozca “el carácter vital del ambiente como una condición básica de la vida, indispensable para la promo-

² Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Chile

ción de la dignidad y el bienestar humano, y para el cumplimiento de otros derechos humanos”³ y, que al mismo tiempo, implemente las medidas pertinentes que le permita a toda persona requerir a los particulares e incluso a la misma autoridad con este fin.

En tal contexto, la evolución del derecho ambiental, a través de diversos instrumentos internacionales, todos los que tienen aplicación directa en los países que los suscriben, sean de naturaleza declarativa como aquellos que impongan obligaciones específicas y constatables en cuanto a su cumplimiento, así como el gran desarrollo de esta rama del derecho, efectuado mediante la recepción del derecho internacional del medioambiente y posterior consagración en el derecho positivo interno de los Estados, ha llevado al reconocimiento del derecho a la protección del medio ambiente en la mayoría de las Constituciones y legislaciones de los países democráticos occidentales, alcanzando en opinión de un amplio sector de la doctrina y del derecho comparado, el carácter de derecho fundamental de la persona humana.

Por ello, como ya hemos señalado, la protección de este derecho básico y sustantivo se ha tornado, de modo cada vez más apremiante, en una tarea esencial de todo Estado que busca un crecimiento inserto dentro de un marco de desarrollo sustentable. Para llevar a cabo esta tarea, ha sido necesario crear mecanismos jurídicos adecuados, que permitan a las personas ejercer una tutela efectiva y así gozar de un medio ambiente sano y saludable, apto para el disfrute del entorno sin detrimento de su calidad de vida y bienestar.

Dentro de estos mecanismos susceptibles de ser aplicados por los ordenamientos jurídicos para una protección efectiva del medio ambiente, se encuentran los componentes básicos de la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales, que comprende tres derechos íntimamente vinculados entre sí:

- a) el derecho de acceso a la información ambiental relevante,
- b) el derecho de participación ciudadana en la toma de deci-

³ Boyle, A., “Los Derechos Ambientales y el Derechos Internacional”

- siones ambientales de la Administración, y
- c) el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental.

De los tres derechos señalados, uno se vincula directamente con la protección judicial efectiva del medio ambiente: el derecho de acceso a la justicia, a través del cual se le reconoce a la persona la capacidad y legitimación de actuar ante los órganos competentes establecidos por ley, tanto para garantizar el ejercicio de los dos primeros derechos, como para solicitar directamente la defensa del medio ambiente afectado por actos u omisiones de particulares o la administración.

De esta forma, hemos de entender el derecho de acceso a la justicia como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho. Como tal, obliga a los países a poner a disposición de sus ciudadanos, mecanismos de tutela de sus derechos y de resolución de sus conflictos de relevancia jurídica, a través de recursos judiciales simples, accesibles, de breve tramitación y con un adecuado sistema de cumplimiento, reconociendo siempre en el tribunal tanto el principio de oficialidad como la competencia para analizar y resolver todos los elementos de la impugnación, cualquiera sea su carácter técnico o científico. Se impone tal relevancia, puesto que es una de las principales herramientas para equilibrar el desarrollo con la sustentabilidad.

El derecho de acceso a la justicia ambiental, como derecho procedimental⁴ que concreta el derecho a vivir en un ambiente sano,

⁴ Cierta doctrina ha considerado que la configuración del derecho a vivir en un medio ambiente sano como un derecho procedimental puede ser más eficaz para conseguir las finalidades pretendidas que su configuración como derecho sustantivo. En consecuencia, para obtener el objetivo perseguido por este derecho de índole colectivo, que resguarda intereses difusos, habrá de crearse un sistema de normas que apunten a desarrollar los aspectos más relevantes del contenido del derecho: el acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia en materia ambiental. Cfr.: JARIA I M., J. El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006. En: PIGRAU S., A. (Dir.). Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus. Barcelona, Atelier, 2008, pp. 133 y ss. y RAZQUIN L., JOSÉ A. y RUIZ DE APODACA E., ÁNGEL. Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio. Navarra, Thomson Aranzadi, 2007. pp. 105 y ss.

constituye uno de los mecanismos a través del cual los ciudadanos participan en el control del cumplimiento de las normas ambientales.

En tal sentido, resulta interesante observar la conceptualización del jurista Brañes Ballesteros, en tanto entiende el derecho de acceso a la justicia ambiental como “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”⁵

Bajo este prisma, a efectos de propender a la evolución del derecho de acceso a la justicia ambiental, es necesario:

- a) permanente desarrollo de la normativa sectorial;
- b) efectiva aplicación de tales estatutos;
- c) capacitación permanente de las autoridades con competencia para conocer los asuntos de esta índole;
- d) fortalecimiento de los mecanismos que permiten la resolución de conflictos ambientales de forma completa y expedita;
- e) amplia legitimación activa, y
- f) generación de condiciones de igualdad en el acceso a la información ambiental para todos los ciudadanos.

En este contexto este programa adquiere gran relevancia, no solo para los poderes Judiciales, sino para los ciudadanos del hemisferio. Su implementación en cada uno de los Estados miembros de la OEA, apoyará la evolución del derecho de acceso a la justicia ambiental, por ser éste un derecho fundamental.

⁵ BRAÑES B., R. El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. En: SIMPOSIO JUDICIAL Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina: 26 al 28 de enero de 2000. Ciudad de México. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México, p. 40.



Prefacio



Por **Antonio H. Benjamin**⁶

Las tendencias recientes muestran como las condiciones ambientales continuamente amenazan la forma y los medios de vida de la gente de las Américas y otros continentes del mundo. Es bien conocido además que el derecho ambiental se ha desarrollado en respuesta a los desafíos emergentes de lo cual se deriva una necesidad imperante de conocer los desafíos que afectan a la sociedad de hoy y sus implicaciones jurídicas.

En este contexto el Superior Tribunal de Justicia de Brasil como muchas otras cortes y tribunales se ha visto llamado a desarrollar interpretaciones basadas en principios de derecho ambiental que pudieran quizás ser contradictorias a principios o figuras jurídicas clásicas de otras disciplinas, pero que se hacen necesarias en un contexto de defensa del ambiente, siendo imperativo, al largo plazo, repensar o adaptar antiguas categorías jurídicas tradicionales.⁷

Teniendo en cuenta la desproporcionalidad existente en la región entre la aplicación efectiva de la legislación

⁶ Ministro Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Brasil.

⁷ 2013. Aranda Ortega, Jorge. **Precedentes ambientales recientes del Tribunal Superior de Justicia de Brasil: una jurisprudencia de principios.**

ambiental y la problemática ambiental actual. El papel tradicional del juez ha cambiado en el siglo 21. Los jueces son el último eslabón en la cadena de aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental y su papel ha evolucionado no solo en la garantía del acceso a la justicia, sino en proveer los incentivos correctos para lograr el estado de derecho ambiental.

Las particularidades de cada país, de cada ecosistema requieren de respuestas jurídicas distintas, más flexibles, pero informadas con la consideración y utilización cuidadosa de principios básicos del derecho ambiental, tales como el principio precautorio, el de consentimiento previo informado, el principio 10 de Rio y otros principios emergentes como lo son el de la resiliencia, el de la no regresión y el in dubio-pro natura, entre otros.

El conocimiento tanto jurídico como técnico de las cuestiones ambientales que llegan a los tribunales y la aplicación de los principios del derecho ambiental es fundamental para la evolución que requiere la efectividad de las respuestas desde la judicatura a las presiones ambientales, respetando los derechos fundamentales de las personas y la equidad, incluso para las generaciones futuras.

Este programa en efecto, busca, facilitar la respuesta de los poderes judiciales a los crecientes desafíos ambientales que enfrenta el continente con una perspectiva desde lo local a lo internacional. Más aun provee las herramientas básicas para la construcción de una jurisprudencia de principios de derecho ambiental, sobretodo en casos complejos, que adopte las medidas necesarias, hasta donde la facultad interpretativa lo permita, y contribuya al estado de derecho ambiental y al desarrollo sostenible.

La Organización de los Estados Americanos (OEA), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (WCEL, por sus siglas en inglés) de la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) expresan su agradecimiento al Centro Cyrus R. Vance para la Justicia Internacional y a las siguientes personas que apoyaron el diseño, el diagnóstico de necesidades y la coordinación del Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental y esta publicación: Paulo Alcides Amaral Salles, Tribunal de Justicia de Sao Paulo (Brasil); Winston Anderson, Juez de la Corte de Justicia del Caribe; Nivea Berrios, Abogada de la Junta de Apelaciones de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos; Clea Bowdery, Cyrus Vance Center para la Justicia Internacional; Andrea Brusco, PNUMA-ROLAC; Nicholas Bryner profesor de la Universidad George Washington; Isabel Calle Valladares, Directora, Programa de Política y Gestión Ambiental, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (Perú); Lic. Diego Fernández, Juez Noveno de Circuito de lo Penal del Primer, Circuito Judicial de Panamá, Órgano Judicial de Panamá; Karina Lubell (Estados Unidos); Mary-Kay Lynch, Jueza, Junta de Apelaciones de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos; Luis Fernando Macias Gómez, Macias Gómez y Asociados; Jay Pendergrass, Instituto de Derecho Ambiental (ELI); George W. (Rock) Pring, Profesor, Universidad de Denver (Colorado); Alejandra Rabasa (México); Walter Benjamin Rivera Coria, Director Departamental de la Paz de la Procuraduría General del Estado (Bolivia); Álvaro Sapag Rajevic (Chile); Candido Alfredo Silva Leal, Juiz Federal, Vara Federal Ambiental e Agraria de Porto Alegre (Brasil); Kathie A. Stein, Jueza, Junta de Apelaciones de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos; Alison Welcher, Shearman & Sterling, LLP.

Asimismo las instituciones coordinadoras agradecen a los siguientes autores que colaboraron con su esfuerzo y apoyo hacia la promoción del Estado de Derecho en Materia Ambiental a través de esta publicación:

 **María Amparo Albán.**

Abogada Ecuatoriana con una maestría en Derecho Económico enfocada en el Derecho Ambiental y el desarrollo sostenible. Fundadora, ex directora ejecutiva y ex presidenta del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. Ha trabajado más de 15 años en la promoción del derecho ambiental y el desarrollo políticas para el desarrollo sostenible para gobiernos, instituciones multilaterales, organizaciones de la sociedad civil y sector privado. Dicta cursos y seminarios de Derecho Ambiental dentro y fuera de su país, y actualmente realiza consultorías y mantiene su práctica privada desde su bufete en Quito.

 **Nicolle Brolo Samayoa.**


Profesional Guatemalteca con especialidad en relaciones internacionales. Oficial en la sección de Derecho Ambiental, Política y Gobernabilidad del Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA. Recibió una doble Licenciatura en Relaciones Internacionales y escritura, historia y literatura en Inglés de la Universidad de Virginia (Charlottesville, Virginia, USA).

 **Néstor Cafferatta.**

Abogado Argentino especializado en derecho del medio ambiente. Subdirector de la Carrera de Especialización de Derecho Ambiental, Docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños y Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires y se desempeña como Secretario Letrado y Director de la Oficina de Justicia Ambiental de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

 **Claudia S. de Windt.**

Abogada y Politóloga dominicana. Especialista en Derecho Internacional del Medio Ambiente. Actual, Jefa de la sección de derecho ambiental, política y gobernabilidad y especialista legal principal del Departamento de Desarrollo Sostenible de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Autora de un sinnúmero de publicaciones. Recibió el título de Doctora en Derecho de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) en Santo Domingo, República Dominicana, donde realizó su tesis doctoral en derecho marítimo. La Dra. de Windt, cuenta con una maestría en derecho internacional del Washington College of Law de American University.

 **Abiola Fasehun.** Asociada de corporaciones en el grupo de Nueva York de Shearman & Sterling, LLP.

 **Lorena González Rodríguez.**

Abogada. Especialista en Derecho de Daños. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños y Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Letrada de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

 **Arnold Kreilhuber.**

Abogado Austriaco, experto en derecho ambiental internacional. Oficial Legal de la División de derecho ambiental y convenciones (DELC) del PNUMA, donde esta a cargo de la Unidad de derecho ambiental internacional. Estuvo a cargo de liderar la planificación y organización del Congreso Mundial de Justicia, legislación y Gobernanza para la Sostenibilidad Ambiental, que se llevó a cabo en el marco de Rio +20 en 2012 en Brasil. Ha trabajado en el área de derecho ambiental con el PNUMA desde 2005, y en particular, en las áreas de aplicación, cumplimiento y observancia de los acuerdos ambientales multilaterales. Recientemente, el Dr. Kreilhuber ha trabajado en áreas de derecho internacional del agua y de delitos ambientales. Previo a sus funciones con el PNUMA, el Dr. Kreilhuber fue funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Austria, donde contribuyo al desarrollo de políticas y leyes de su país natal, de la Unión Europea. El Dr. Kreilhuber tiene un doctorado en derecho internacional y una maestría en relaciones internacionales.

 **Monica Lamb.**

Asociada para proyectos de desarrollo y finanzas en el grupo de Nueva York de Shearman & Sterling, LLP.

 **Alejandro Posadas.**

Profesor de derecho y director de programas de posgrado de Derecho en la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey, en la Ciudad de México. Anteriormente fue el agregado ambiental de la Embajada de México en los Estados Unidos de América. Alejandro ha sido profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Duke, profesor externo en el ITAM, profesor en la División de Estudios Jurídicos del CIDE y profesor en la Universidad del Medio Ambiente en México. Ejerció el derecho internacional comercial y de inversiones en la firma canadiense de Thomas & Partners (actualmente Borden, Ladner, LLP) y el derecho internacional como asesor del Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.

 **Sharon Trulock.**

Abogada consejera de Clientes Privados en el grupo de Nueva York de Shearman & Sterling, LLP.

 **Julia Twarog.**

Asociada de bienes raíces en el grupo de Nueva York de Shearman & Sterling, LLP.

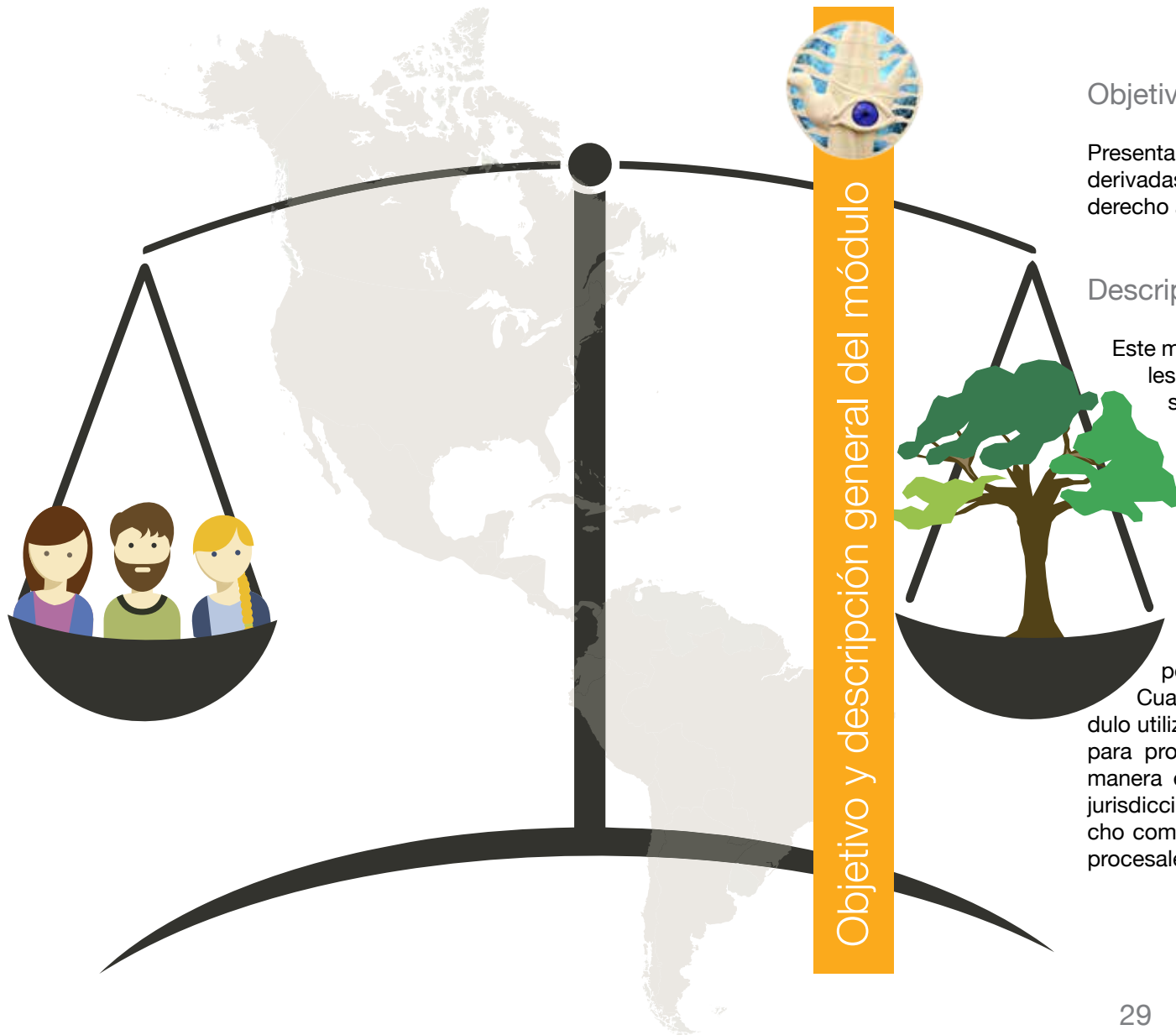


Se agradece el apoyo financiero recibido para esta iniciativa del Gobierno de la República Popular de China



Prólogo	7
Prefacios	11
Agradecimientos y lista de autores colaboradores	21
Objetivo y descripción general del modulo	29
Capítulo I: Legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso a la justicia	31
1.1 Participación pública y modelos de acceso a la justicia	31
1.2 Demandas estatales	41
1.3 Demandas individuales	44
1.4 Derechos colectivos	50
Capítulo II: Carga de la prueba	55
2.1 Apreciación y valoración	55
2.2 Aplicación del principio precautorio	70
2.2.1 Legislación Nacional Europea y de la UE	70
2.2.2 Las Américas y otras jurisdicciones	73
2.3 Límites de responsabilidad	76
2.4 Atribución y carga de la prueba	78

Capítulo III: Evidencia	83
3.1 Peritos y terceros	37
Capítulo IV: Evaluación del daño	87
4.1 Definición del daño ambiental	87
4.2 Valoración del daño ambiental	90
Capítulo V: Remediación	93
5.1 Reparación	95
5.2 Responsabilidad civil	98
5.3 Sanciones u otras medidas	100
Capítulo VI: Aplicación y cumplimiento de la Sentencia	101
6.1 Responsabilidad de adopción de legislación nacional efectiva	101
6.2 Aplicación, cumplimiento e implementación de sentencias	103
6.2.1 Sentencias nacionales	103
6.2.2 Solución de controversias internacionales	104
6.3 Rendición de cuentas	109
Lecturas obligatorias	111



Objetivo y descripción general del módulo

Objetivo

Presentar las cuestiones procesales derivadas de la aplicación judicial del derecho ambiental.

Descripción general

Este módulo discutirá las principales cuestiones procesales que surgen de un modo único en la aplicación del derecho ambiental. En particular, explorará la situación de diversos agentes, la carga de la prueba, las evidencias periciales, intervención de terceros y *amicus curiae*, evaluación de daños, reparación, responsabilidad y aplicación.

Cuando sea conveniente, el módulo utilizará el derecho comparativo para proveer un contexto sobre la manera en que distintos Estados y jurisdicciones –derecho civil y derecho común– abordan las cuestiones procesales en el derecho ambiental.



Capítulo I



Legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso colectivo a la justicia

“El derecho ambiental es decodificante, herético, mutante, se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. La invitación es amplia, abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”⁸

1.1 Participación pública y modelos de acceso a la justicia

El Durante los últimos 50 años, el valor de la participación pública, no solamente en la formulación de la política ambiental y la promulgación de leyes ambientales, sino también en su aplicación y cumplimiento, ha obtenido creciente reconocimiento y se ha difundido entre las instituciones jurídicas mundiales.

La participación pública significativa en los procesos de toma de decisiones sobre el desarrollo sostenible depende, entre otros factores, del acceso al sistema de justicia. Asimismo, los marcos jurídicos deben aclarar y ampliar la capacidad legal de las personas y comunidades afectadas por las decisiones sobre

⁸ 1995. Lorenzetti, Ricardo L. Normas del Derecho Privado. Rubizal-Culzoni

desarrollo, buscar un equilibrio razonable entre los papeles y responsabilidades conjuntas de los distintos niveles de gobierno y la sociedad civil y adaptarse continuamente para responder a las realidades cambiantes o cuando constituyan un obstáculo para la participación pública.⁹

Los entes legislativos y administrativos deben asegurar el acceso a la justicia en todos los niveles a fin de garantizar derechos, revisar decisiones, o reparar agravios, entre otros fines. Se debe asegurar un acceso significativo otorgando capacidad legal (esencialmente, el derecho establecido a comparecer ante órganos judiciales y/o administrativos) para todas las partes afectadas e interesadas; el derecho de apelación o revisión, cuando sea pertinente, por una autoridad gubernamental más alta; y a través de mecanismos alternativos de solución de controversias para promover los acuerdos; así como a través del mantenimiento de la independencia de las autoridades responsables de la implementación, las apelaciones y la supervisión.

Debe ponerse un énfasis especial en suministrar acceso a las personas y comunidades tradicionalmente marginadas, incluyendo a las mujeres y a los grupos vulnerables, como las poblaciones indígenas, los jóvenes y las minorías raciales y étnicas en desventaja (incluyendo las poblaciones en desventaja de ascendencia africana).¹⁰

Mientras que en Estados Unidos los desarrollos jurídicos importantes en favor de la participación pública para la formulación de políticas y el acceso a la información gubernamental se iniciaron

⁹ 2001. Organización de los Estados Americanos. Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible (ISP), disponible: http://www.oas.org/dsd/PDF_files/ispspanish.pdf

¹⁰ Caso N° 1.310.471 - SP (2011/0293295-2), Acumuladores Ajax v. Fazenda Estado do Sao Paulo. Corte Superior del Brasil.

en la década de los sesenta. En las Américas, antes de 1990 la mayoría de las legislaciones no permitían la participación pública, puesto que la mayoría no incluían en ese entonces el acceso a la información, proceso, o justicia, con énfasis primeramente en el proceso, en la justicia en segundo lugar y en la información en tercer lugar, pero sus disposiciones respecto a la definición de la capacidad legal, recursos o derecho de apelación son, en el mejor de los casos, poco claras.¹¹

Los derechos de participación pública han sido consagrados en las leyes sobre evaluación de impacto ambiental y en las leyes que requieren la participación pública en los procesos de toma de decisiones distintos a estas evaluaciones. En la actualidad, las evaluaciones de impacto ambiental son un requisito en más de 60 leyes nacionales.¹²

Principales acontecimientos legales en los 1960s para la participación pública en EEUU:

(1) Ley de Libertad de Información que requiere los récords de las agencias federales (con excepciones limitadas) disponibles al público y para hacer copias; (2) Ley de Procedimiento Administrativo que requiere notificación pública y oportunidades de opinión pública sobre los planes de las agencias del gobierno; (3) Subsidio de los litigios de reforma de la ley a través de la exención de impuestos a empresas de beneficio de derecho de interés público (4) Ley de Política Ambiental Nacional de 1969

¹¹ Nanda y Pring, 65.

¹² Nanda y Pring, 50.

Como fue descrito en el Módulo II, los Estados Miembros de la OEA adoptaron, en la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible (ISP) varios principios y recomendaciones de política para lograr esta participación, tras el reconocimiento en la Declaración de Río y la expansión en la Declaración de Santa Cruz sobre la importancia de la participación pública en la toma de decisiones en materia ambiental y el acceso público a la información, los procedimientos administrativos y el recurso judicial. El Principio 10 de la Declaración de Río señala que: “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.¹³

Los derechos procesales también están incluidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y la Convención sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Temas Medioambientales de 1998 (el “Convenio de Aarhus”). En el Convenio de Aarhus se establecieron derechos del público “con respecto al medio ambiente”. Tales derechos incluyen las disposiciones más amplias y detalladas para la participación pública,¹⁴ entre los cuales, el acceso a la justicia contiene una visión clara que destaca el acceso a la información y la participación en la toma de decisiones. En el marco del Convenio de Aarhus, el acceso a la justicia implica el derecho de revisar los procedimientos y desafiar las decisiones públicas que se han hecho sin haber respetado el derecho a recibir información del medio ambiente, el derecho a participar en la toma de decisiones ambientales o el derecho ambiental en general;¹⁵ “el público tendrá acceso a la información, tendrá la

posibilidad de participar en la toma de decisiones y tendrá acceso a la justicia en materia medioambiental sin discriminación fundada en la nacionalidad, la ciudadanía o el domicilio y, en el caso de una persona jurídica, sin discriminación por el lugar en que tenga su sede oficial o un centro efectivo de actividades.”¹⁶ El artículo 4 del Convenio de Aarhus dispone que una persona puede solicitar información, y de conformidad con el artículo 9, si una persona hace una solicitud y cree que su solicitud no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido una respuesta suficiente, o que, por lo demás, la misma no ha recibido el tratamiento previsto en las disposiciones de dicho artículo, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley.¹⁷

Un ejemplo de la falta de respuesta a una solicitud de información se encuentra en el caso de Salisbury, en el que el “Departamento de Transportación se negó a entregar una copia de un ‘informe de evaluación de tráfico’ a los Amigos de la Tierra (*Friends of the Earth*, por su nombre en inglés), diciendo que el pedido de información no estaba relacionado con el medio ambiente de acuerdo a las disposiciones en la Directiva 90/313/EEC y la legislación nacional del Reino Unido. Los Amigos de la Tierra presentaron el caso para revisión judicial de la decisión del departamento, y dos semanas antes de la audiencia en la corte, el departamento proporcionó una copia del reporte”.¹⁸ A continuación otro ejemplo que demuestra como la legislación de un país prevé la obli-

¹³ Principio 10 de la Declaración de Río

¹⁴ Hall, 15.

¹⁵ <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/>

¹⁶ Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Art 3 Provisiones Generales, disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (Junio 25, 1998).

¹⁷ Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Art 3 Provisiones Generales, disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (Junio 25, 1998).

¹⁸ <https://www.elaw.org/system/files/aarhus.Access.Justice.pdf>

gación de proporcionar información y posteriormente los motivos de negación. Por ejemplo, en Hungría, bajo la Ley N^o 63 de 1992 sobre la Libertad de Información de Interés Público, “la autoridad pública que posea la información solicitada deberá justificar la legalidad de cualquier denegación, y una apelación puede ser instituida contra la autoridad que se niega a emitir la información solicitada...”¹⁹ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador estableció un precedente importante en el caso de Domitilda Rosario Piche Osorio, v/Ministro y Viceministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales,²⁰ solicitando al demandado información relacionada con los niveles de contaminantes en el domicilio del demandante, y en caso de no tener la información disponible, elevar a otro nivel la valoración y divulgación proactiva.

En el nivel más básico, el acceso a la información pone a los individuos en alerta sobre las leyes. El acceso a la información es fundamental para el acceso a la justicia ya que puede proporcionar el apoyo legal necesario para una reclamación, así como los recursos. Sin ese apoyo, el derecho humano a la libertad de expresión es afectada al no permitir que los ciudadanos puedan ejercer adecuadamente sus derechos. La OEA ha adoptado resoluciones en materia de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, así como una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. La legislación nacional y la jurisprudencia ha seguido el ejemplo.²¹ Como se describió en el Módulo II, el principio de acceso de la ISP reconoce que para participar en forma efectiva, los ciudadanos deben tener acceso

¹⁹ <https://www.elaw.org/system/files/aarhus.Access.Justice.pdf>

²⁰ El Salvador, 30 de enero de 2013, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 608-2010. Piche Osorio, Domitilda Rosario v/ Ministro y Viceministra del Medio Ambiente y Recursos Naturales (caso de petición y acceso a la información; sobre presunta vulneración a derechos constitucionales por contaminación ambiental en la zona del Sitio del Niño)

²¹ *Infra*, Módulo II.

oportuno en los diversos niveles de gobierno, a la información, al proceso político y al sistema judicial. Las recomendaciones de políticas en el ISP bajo este principio destacan la necesidad de la legitimación activa de obrar en todas sus variantes para fomentar el diálogo entre la sociedad civil y el gobierno demostradas a través de una serie de estudios de caso.

El acceso a la justicia en el derecho ambiental internacional y nacional puede tomar varios enfoques: puede cuestionar la falta de acceso a la información, buscar la prevención de daños al medio ambiente o la indemnización por daños ambientales. En Latinoamérica, el acceso a la justicia es complejo por la existencia de múltiples normas e instituciones dentro de las jurisdicciones estatales,²² mientras que a la vez en los Estados Unidos, el acceso a la justicia se complica cuando hay afiliación a un grupo marginado.²³ En otra escala, históricamente y mundialmente, los Estados no han concedido el mismo acceso a sus tribunales a los no ciudadanos como a los ciudadanos o a los ciudadanos indígenas como a los ciudadanos no indígenas, que puede respectivamente limitar el recurso de daños ambientales transfronterizos o limitar el acceso a tribunales, tal como se puede ver en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua.²⁴ En este contexto, el Tribunal Superior del Brasil también reconoció la existencia de los “parios ambientales; medio ambiente pobre” en el contexto de la injusticia ambiental con respecto a los grupos vulnerables que se ven afectados por las injusticias sociales.²⁵

Los acuerdos ambientales internacionales establecen los derechos de los representantes del Estado para presentar denuncias entre sí por violaciones, y designar tribunales que tengan jurisdicción sobre cualquier disputa. Al igual que con la aplicación del derecho nacional, cada tribunal hará una evaluación preliminar de su jurisdicción sobre las partes y la materia objeto de la controversia.²⁶

Antiguas leyes internacionales ambientales de acceso a la justicia se enfocaban en la ampliación del acceso a la justicia no discriminatorio para los no ciudadanos. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) dictaminó que una víctima de contaminación transfronteriza puede demandar en el estado de origen de la contaminación o en el estado de daño, y que el juicio sería aplicable en uno o el otro país. También tal cuestión fue presentada por varios instrumentos no vinculantes.²⁷

Las leyes jurisdiccionales de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM) disponen un modelo integral y completo para la jurisdicción multi-estatal del Estado del pabellón, Estado del puerto o el Estado ribereño, dependiendo del lugar donde se produjo la contaminación del océano. El Estado del pabellón es responsable de asegurar que los buques portando su pabellón o registrados cumplan las normas de contaminación internacionales aplicables y las leyes adoptadas de acuerdo con la Convención. Es responsable de la aplicación efectiva de tales leyes, independientemente de la localización de violaciones. Los Estados del puerto también tienen funciones en la investigación e institución de procedimientos con respecto a los buques en sus

²⁶ Ver, ejemplo, *Shigeta*, 48-50 y fn. 85 (descripción Casos de Tuna (Nueva Zelanda v. Japón; Australia v. Japón) [Medidas Provisionales] (ITLOS, 27 Aug. 1999) [Jurisdicción] (UNCLOS Arbitración, 4 Agosto. 2000).

²⁷ *Nanda y Pring*, 57 (cita Convención sobre la Protección Ambiental entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, art. 3, Feb. 9, 1974, 1092 UNTS 279, 13 I.L.M. 591 (1974); *Case 21/76, Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, 1976 E.C.R. 1749).

puertos o en instalaciones terminales costa afuera por las descargas dañinas, y deben prevenir la navegabilidad de los buques que están en violación de las reglas y estándares internacionales aplicables y a consecuencia de ello amenaza causar daños al medio marino y los bienes comunes globales.²⁸

En Latinoamérica, se demuestran los retos para el acceso a la justicia en el pluralismo de las leyes que existen. Dentro de una jurisdicción pueden existir múltiples instituciones, sistemas judiciales, prácticas, normas y creencias sobre la regulación.²⁹ Por ejemplo, en México, Perú y los Andes bolivianos, los sistemas de gobernanza desarrollaron un enfoque dividido donde el sistema judicial indígena se convirtió parte del sistema principal de gobernanza.³⁰

Como se demuestra en los sistemas de gobernanza divididos, los países latinoamericanos han comenzado a proveer un acceso mas adecuado a la justicia mediante la ampliación de los ámbitos que los ciudadanos tienen acceso a la información a los tribunales. Por ejemplo, los sistemas alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, han sido incorporados dentro de los sistemas penales de algunos de los países latinoamericanos.³¹ Mientras que los países latinoamericanos reconocen formalmente el pluralismo en sus sistemas legales, esto no ha sido

²⁸ Sands y Peel, 141.

²⁹ Rachel Sieder y Maria Teresa Sierra, *Acceso a la Justicia de las Mujeres Indígenas en América Latina 3*, disponible en inglés: <http://www.columbia.edu/cu/cser/issp/files/bibliography2013/Sieder-Sierra%20CMI%20working%20paper%20Nov2010%5B1%5D.pdf> (2010).

³⁰ Rachel Sieder y Maria Teresa Sierra, *Acceso a la Justicia de las Mujeres Indígenas en América Latina 4*, disponible en inglés: <http://www.columbia.edu/cu/cser/issp/files/bibliography2013/Sieder-Sierra%20CMI%20working%20paper%20Nov2010%5B1%5D.pdf> (2010).

³¹ Ensayo en progreso, pagina 15 <http://www.columbia.edu/cu/cser/issp/files/bibliography2013/Sieder-Sierra%20CMI%20working%20paper%20Nov2010%5B1%5D.pdf>

aplicado plenamente ya que las compañías que buscan explotar los recursos naturales están desafiando los sistemas que le dan una voz a los grupos indígenas.³²

En EE.UU. las tribus nativas norteamericanas han enfrentado arduas luchas para establecer sus derechos a presentar demandas. Esta lucha se ilustra en los derechos de agua tribales de los nativos norteamericanos. Antes de los mediados de la década de 1970, los derechos de agua tribales se determinaban generalmente en las adjudicaciones judiciales federales ya que los estados no tenían jurisdicción sobre las tribus y sus derechos de propiedad, incluyendo el derecho al agua.³³ En 1952, el gobierno federal fue autorizado a participar como parte en la afirmación de adjudicaciones generales del estado.³⁴ En 1971, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que el gobierno federal podía participar en estas adjudicaciones para litigar los derechos reservados federales, y en 1976, la Corte Suprema amplió el alcance de dicha unión a la determinación de los derechos reservados tribales. Aunque la Corte Suprema consideró que las tribus no podían ser obligadas a unirse como partes, la Corte consideró que los derechos de agua tribales se podían determinar en las adjudicaciones generales del estado. Así, los nativos norteamericanos

³² Rachel Sieder y Maria Teresa Sierra, Acceso a la Justicia de las Mujeres Indígenas en América Latina 4, disponible en inglés: <http://www.columbia.edu/cu/cser/issp/files/bibliography2013/Sieder-Sierra%20CMI%20working%20paper%20Nov2010%5B1%5D.pdf> (2010).

³³ Ver Judith V. Royster, Cambio Climático y Derechos Tribales de Agua: Eliminación de las barreras para las estrategias de adaptación, 26 Tul. Envtl. L.J. 197 (2013).

³⁴ Adjudicaciones generales de corrientes se describen como, “procedimientos masivos, complejos e integrales que involucran todos los derechos sobre el agua en un sistema fluvial. A la conclusión de la adjudicación, el Estado debe registrar todos los derechos propietarios de agua dentro de ese sistema fluvial, incluyendo las fechas de prioridad, puntos de desviación, usos permitidos, caudales y cantidad de uso”. Ver Judith V. Royster, Cambio Climático y Derechos Tribales de Agua: Eliminación de las barreras para las estrategias de adaptación, 26 Tul. Envtl. L.J. 197 (2013).

fueron limitados en su acceso a la justicia sobre los derechos de agua tribales ya sea renunciando a su inmunidad y participando en la demanda, o permitiendo al gobierno federal litigar sus derechos. Estas complejidades demuestran la relevancia de la flexibilidad de obrar en todas sus variantes en cuestiones ambientales.

1.2 Demandas estatales

El derecho internacional ha comenzado a reconocer al medio ambiente como una “preocupación común de la humanidad”, lo que ha justificado el emprendimiento del derecho internacional en áreas que históricamente eran nacionales. La idea de la preocupación común de la humanidad es una aplicación de la doctrina de las obligaciones *erga omnes*-aquellas de la comunidad internacional en su conjunto en lugar de uno u otro estado. El principio *erga omnes* es una doctrina activa de obrar en todas sus variantes, cual permite a los Estados llevar a cabo acciones legales en nombre de sus ciudadanos, o acto *popularis*.³⁵

La doctrina erga omnes incluye aquellas ‘obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto’, como reconoce la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1970 en el caso Barcelona Traction, mientras dictando que si un Estado (Bélgica) tiene legitimación activa de obrar en nombre de sus nacionales: en particular, una distinción esencial debería establecerse entre las obligaciones de un Estado respecto a la comunidad internacional en su conjunto, y aquellas derivadas vis-à-vis otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En vista

³⁵ Nanda y Pring, 39-40 (Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Bel. V. Sp.), para. 33, 1970 I.C.J. 3 (Feb. 5); and The Gabčíkovo-Nagyamoros Project (Hung. v. Slo.), 1997 I.C.J. 7, para. 53 (Sept. 25, 1997)).

de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden ser considerados a tener un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes.³⁶

En muchos países, la cuestión de la legitimación activa de obrar ha sufrido una historia difícil y es un concepto controversial. En EE.UU., mientras que la legitimación activa ha sido desarrollada por la jurisprudencia y leyes estatales, su misma fundación esta consagrada en el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos. En virtud del Artículo III, los tribunales federales solamente pueden adjudicar casos que involucran controversia; “Si un conflicto no es un caso o controversia apropiada, las cortes no tienen porque tomar la decisión, o exponer la ley en su curso”³⁷. La legitimación activa de obrar es un elemento fundamental para determinar si un caso es apropiado o controversial porque sin esta legitimación un caso no existe si el demandante reclamando daños no puede demostrar que los danos fueron personales y que tales lesiones personales son atribuibles a las partes demandadas.³⁸ En el caso de *Massachusetts v. EPA* el tribunal consideró que los peticionarios (el estado de *Massachusetts* y otro gobierno estatal y local) tenían legitimación activa de obrar para cuestionar la EPA (Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, por sus siglas en inglés). Mientras que la EPA sostuvo que el caso presentaba un “obstáculo jurisdiccional insuperable”³⁹, la opinión de la mayoría encontró que era importante destacar la diferencia entre los derechos estatales e individuales; “Es de gran relevancia que la parte solicitando la revisión aquí sea un

³⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain)* [1970] I.C.J. Rep. 3 at para. 33;

³⁷ Ver *Massachusetts v. EPA*, 536, quoting *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 126 S.Ct. 1854, 1860-1861 (2006).

³⁸ Ver *Massachusetts v. EPA*, 536, quoting *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 126 S.Ct. at 1861 (2006).

³⁹ *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438, 167 L. Ed. 2d 248, 498 (2007).

Estado soberano y no, como lo fue en Luján, un individuo particular... [los estados] no son litigantes normales con el fin de invocar jurisdicción federal...”⁴⁰ La mayoría continuaron refiriéndose al interés cuasi-soberano que los estados tienen en las tierras de sus ciudadanos y por lo tanto pueden presentar demanda en nombre de sus ciudadanos. Si bien la opinión mayoritaria permitió a los peticionarios avanzar su demanda contra la agencia gubernamental, en su disenso, el Juez Supremo cuestionó la plataforma en la que los peticionarios basaron su legitimación activa como una que era manipulable e interfería con la responsabilidad política de los poderes del gobierno, al reclamar “una lesión de amplio alcance” por los peticionarios quienes intentaron vincular dicha lesión al supuesto incumplimiento del gobierno.⁴¹

En las situaciones que involucran el daño ambiental de un estado, el daño emergente a su gente, o pérdidas económicas, el estado tiene un derecho claro que es como un estado lesionado y que puede presentar una reclamación ambiental internacional de las actividades llevadas a cabo por otro estado. Si el daño ambiental se realiza fuera de la jurisdicción del estado reclamante, en donde no ha sufrido daños directos o materiales, el estado puede demandar para la aplicación de las obligaciones de acuerdos si tal demanda esta incluida bajo tal acuerdo. Mientras que generalmente se apoya la idea de la legitimación de actuar en el derecho internacional, en tales casos no es tan claro, ya que hay un apoyo limitado para la capacidad de llevar un *actio popularis* bajo el derecho internacional donde existe una obligación *erga omnes*. En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ sostuvo que: “En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los estados pueden llevar a cabo un interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*”. Las

⁴⁰ *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438, 167 L. Ed. 2d 248, 518 (2007).

⁴¹ *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438, 167 L. Ed. 2d 248, 535 (2007).

obligaciones *erga omnes* que pueden dar lugar a tal legitimación probablemente incluyen “contaminación masiva” u otros daños significativos al medio ambiente, incluyendo la alta mar, el sistema climático, la capa de ozono, la biodiversidad y los recursos filogenéticos.⁴² En otros ejemplos, una opinión consultiva TIDM ha sostenido que un Estado parte que no sea el estado lesionado puede tener derecho a reclamar una indemnización “en vista del carácter *erga omnes* de las obligaciones relacionadas a la preservación del medio ambiente de la alta mar y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA, por sus siglas en inglés);”⁴³ y bajo la Convención de Viena de 1963, modificado por el Protocolo de 1997, los estados pueden ejercer una acción en nombre de personas que han sufrido daños, en los tribunales del estado en cuyo territorio, o zona económica exclusiva, ha ocurrido el daño.⁴⁴ Finalmente, el Consejo puede acceder Tribunal de Justicia Europeo para el procedimiento de opinión, opinión y revisión legal y la determinación de falta de acción; por la Comisión para los mismos procesos, así como los procedimientos de infracción; y por los Estados miembros para los procesos previos, así como compensación, a la medida que el Estado miembro ha sido perjudicado por una infracción.⁴⁵

1.3 Demandas individuales

⁴² Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438, 167 L. Ed. 2d 248, 518 (2007).

⁴³ Sands y Peel, 731-732 (citando *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area* (Advisory Opinion), para. 180 (Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS Case No. 17, 1 February 2011)). El Área Internacional de los Fondos Marinos se define como la alta mar y las zonas de los fondos marinos más allá de la plataforma continental. Ver Marta Chantel Ribeiro, Qué es el Área y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, Institut Oceanographique, disponible: <http://www.institut-ocean.org/images/articles/documents/1367593542.pdf> (Mayo 2013).

⁴⁴ Sands and Peel, 744-745.

⁴⁵ Shigeta, 162.

Los estados están fomentando crecientemente la aplicación privada de las obligaciones ambientales nacionales a través de demandas ciudadanas. Del mismo modo, en el derecho internacional existe un cierto reconocimiento del derecho de acceso de los ciudadanos a las cortes nacionales. El Principio 10 de la Declaración de Río establece que “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Como antes mencionado, este componente del Principio 10 también ha sido reconocido en el ISP. La Comisión Europea reconoce que los individuos y los grupos de interés público “deben tener acceso práctico a los tribunales con el fin de asegurar que sus intereses legítimos estén protegidos y que las medidas ambientales prescritas se cumplan de manera eficaz y suspender las prácticas ilegales.” Sin embargo, el TJCE ha restringido el derecho de los actores no estatales para desafiar los propios actos legislativos y administrativos de la UE. Mientras tanto, el Artículo 18 del Convenio de Lugano de 1993 dispone de legitimación activa de obrar para las organizaciones ambientales con el fin de presentar ciertas acciones de cumplimiento ante tribunales nacionales.⁴⁶ El Convenio de Aarhus va más allá estableciendo legitimación activa de obrar ciudadana para interponer demandas para reclamar la legalidad sustantiva o procesal de cualquier decisión relevante, acto u omisión; y la aplicación de la legislación ambiental nacional, incluidas las acciones y omisiones del gobierno y ciudadanos particulares.⁴⁷

Los ciudadanos también juegan un papel en la aplicación de varios tratados que establecen normas internacionales sobre la responsabilidad civil.⁴⁸ Estos tratados bien requieren a las

⁴⁶ Sands y Peel, 139-140.

⁴⁷ Nanda y Pring, 58 (cita Convenio de Aarhus, art. 9).

victimias interponer un recurso en el estado donde se origino la contaminación transfronteriza o que las victimias puedan elegir entre el estado de origen y el estado donde se produjo el daño.⁴⁹ Finalmente, las organizaciones ambientales se han vuelto mas activas en la aplicación de las obligaciones internacionales ambientales a nivel nacional, y a través de las presentaciones *amicus curiae* se les han concedido acceso a los procedimientos internacionales.⁵⁰

El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) define *amicus curiae* y proporciona reglas de procedimiento para presentar un escrito de *amicus curiae*. La Corte Interamericana define *amicus curiae* como la persona, o institución, ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte “razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.”⁵¹ Las reglas de procedimiento establecen:

1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos.
2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la fir-

⁴⁸ Sands y Peel, 155 y fns. 150 and 152.

⁴⁹ Sands y Peel, 156 y fn. 160.

⁵⁰ Sands y Peel, 158 y fn. 176.

⁵¹ Artículo 2, Definiciones, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/27.Reglamento%20Corte.pdf>

ma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación.

3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia.
4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.⁵²

Ciertos países de la región han adoptado *amicus curiae* para fortalecer los derechos ciudadanos. Belice es un ejemplo del fortalecimiento de la aplicación individual, donde los ciudadanos pueden acudir a los tribunales para revisar la legalidad de las decisiones tomadas por los organismos públicos, incluyendo la consideración de toda la información pertinente, pero un tribunal no puede sustituir su decisión por el responsable. La solicitud de

⁵² Artículo 44, Planteamientos de Amicus Curiae, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/27.Reglamento%20Corte.pdf>

revisión judicial puede interponerse en virtud de las Normas de Procedimiento Civil de 2005 por grupos de interés público que

a) actúen a petición de una persona que se ha visto afectada negativamente por la decisión, (b) representen las opiniones de sus miembros que pueden haberse visto afectados negativamente por la decisión, o (c) pueden mostrar que el asunto es de interés público y que el grupo posee experiencia y conocimiento en la materia.⁵³

En el caso la Represa Chalillo, la Alianza de Conservación de Belice, una organización no gubernamental, solicitó la revisión judicial de la autorización del Departamento de Medio Ambiente a la Compañía Eléctrica de Belice para construir una represa hidroeléctrica en Chalillo, cual requiere la inundación de diez kilómetros cuadrados de terreno. Las declaraciones incluían que el Departamento de Medio Ambiente actuó indebidamente por

(1) no tener en cuenta los comentarios y preocupaciones de las comunidades locales, (2) no considerar una audiencia pública antes de la decisión sobre la salud y seguridad, (3) falta de abordar los estudios inadecuados hidrológicos, (4) falta de abordar los informes de geología erróneos, (5) no tener en cuenta la destrucción de sitios grandes Mayas, (6) preferencia implícita por parte de la Presidencia y todos los representantes del Comité Nacional de Evaluación Ambiental.

⁵³ Andrade *et al.*, 3.

La celebración del Consejo Privado fue que, mientras que la EIA era defectuosa, no era ilegal.⁵⁴

Jamaica es otro ejemplo del cumplimiento ciudadano donde el proceso de EIA no requiere consulta pública, pero las directrices recomiendan consultar con los residentes dentro de la comunidad o cerca del sitio propuesto de un desarrollo y la incorporación de sus puntos de vista en la EIA. Después de dicha consulta (si existe) la Autoridad de Recursos Naturales puede decidir si celebra una reunión pública para discutir los resultados de la EIA. Debido a que estos procedimientos son discrecionales, no son aplicados constantemente, y las consultas pueden tener lugar incluso mucho después que los permisos hayan sido expedidos.⁵⁵ No hay derecho directo para que cualquier miembro del público pueda interponer un recurso por infracción de una ley ambiental. Por lo tanto, si hay una falta de adhesión a las directrices de EIA o de la Ley de la Autoridad de Conservación de Recursos Naturales, no existe un mecanismo bajo la ley para objetar, y en su lugar, las acciones se deben llevar para revisión judicial ante el Tribunal Supremo de Justicia de Jamaica. Según las Normas de Procedimiento Civil de 2002, los grupos de interés público tienen legitimación activa de obrar si pueden demostrar que

(a) actúan a petición de una persona que se ha visto afectada negativamente por la decisión, (b) representan las opiniones de sus miembros que pueden haberse visto afectados negativamente por la decisión, o (c) pueden mostrar que el asunto es de interés público y que el grupo posee experiencia y conocimiento en la materia.⁵⁶

⁵⁴ Andrade *et al.*, 7-8.

⁵⁵ Andrade *et al.*, 5.

⁵⁶ Andrade *et al.*, 5.

En el caso ‘Pear Tree Bottom’, la Organización Jamaica Environment Trust, la Asociación para la Conservación del Norte de Jamaica y cuatro residentes locales presentaron a la Corte Suprema de Jamaica una revisión judicial de la decisión de la Agencia Nacional del Medio Ambiente y Planeación de conceder un permiso para construir un hotel en un sitio ecológicamente sensible localizado en la costa norte de Jamaica. Las demandas fueron que la Autoridad de Conservación de Recursos Naturales no había consultado adecuadamente con otros departamentos pertinentes, y que las reuniones públicas celebradas por la Autoridad y por la Agencia Nacional del Medio Ambiente y Planeación no cumplieron con las expectativas legítimas de los ciudadanos. Inicialmente, la corte anuló el permiso en una decisión que sostiene que las agencias no habían podido cumplir con la norma legal para la consulta mediante la retención pública de un informe de la ecología marina y dos adiciones a la EIA, y abusó de su poder de toma de decisiones mediante la circulación de una EIA incompleta. La corte sostuvo que sus actos de la información necesaria al público privaron poder tomar una decisión plenamente informada y violaron la confianza legítima de los ciudadanos de una participación justa y significativa. Bajo la reconsideración después, la corte revocó la orden de anulación del permiso, pero confirmó las órdenes declaratorias sobre la consulta pública requerida.⁵⁷

1.4 Derechos colectivos

Como se planteó anteriormente, mientras que los derechos individuales se pueden definir como derechos que un individuo puede ejercer bajo su propio nombre conforme al principio de la legitimación activa de obrar, un derecho colectivo puede ocurrir en dos casos donde un individuo no tiene legitimación activa para actuar como individuo, pero la legitimación activa puede

⁵⁷ Andrade *et al.*, 9-10.

ser ejercida por un grupo o por un agente.⁵⁸ Los derechos colectivos ejercidos por un grupo implican un proceso de toma de decisiones colectivas, como la regla de la mayoría, en donde por los derechos colectivos ejercidos por un agente implica que el agente maneja el derecho del grupo.⁵⁹ En la sección 1.2, los derechos colectivos de los indígenas americanos en los EE.UU. se discutieron en relación con los derechos de las aguas tribales.

En el caso Mendoza y otros vs. Argentina, un grupo de vecinos presentaron una demanda exigiendo la restauración de las condiciones ambientales de la cuenca Matanza-Riachuelo, y por lo tanto, la creación de un fondo para financiar el saneamiento. Para proteger el medio ambiente y el público, la Corte Suprema ejerció autoridad para obtener información pública. La Corte consideró que estaba en su derecho ejercer tal autoridad ya que se necesitaba para compilar la información pública precisa para avanzar con las medidas de prevención y los procesos de rectificación, “la Corte ordenó que la Autoridad de la Cuenca, el Gobierno Nacional, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires proporcionaran y mantuvieran la información accesible sobre las condiciones del agua y del aire de la cuenca, mantos acuíferos y las industrias en el mismo que llevan a cabo las actividades contaminantes”.⁶⁰

Los organismos internacionales de derechos humanos también tratan los derechos ambientales en el contexto de los derechos humanos. Si bien algunos de estos organismos de derechos humanos tienen un enfoque individual (como el Comité de De-

⁵⁸ Allan Buchanan, Role of Collective Rights in the Theory of Indigenous Peoples' Rights, 3 *Transnat'l L. & Contemp. Probs* 89, 93 (1993) available at http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlcp3&div=12&g_sent=1&collection=journals#105.

⁵⁹ Allan Buchanan, Role of Collective Rights in the Theory of Indigenous Peoples' Rights, 3 *Transnat'l L. & Contemp. Probs* 89, 93 (1993)

⁶⁰ Ver “MENDOZA, Beatriz Silvia” caso –también conocido como la contaminación del Río Matanza Riachuelo - (Corte Suprema de Argentina) y <http://www.acumar.gov.ar/pagina/120/causa-mendoza>

rechos Humanos (OACDH) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Comisión Europea de los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), otros tienen disposiciones orientadas a las poblaciones, y pueden abordar casos presentados por *actio popularis*, (tal como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).⁶¹

Bajo los sistemas europeos y OACDH, puede ser difícil comprobar la legitimación activa como una “víctima” individual de una violación de los derechos humanos sobre la base de las condiciones ambientales. El OACDH del PIDCP negó la legitimación activa a los individuos donde no se pudo exponer suficientemente una reclamación que los “derechos a la vida de los demandantes fueron violados o bajo perspectiva eminente de violación” debido al despliegue de armas nucleares en los Países bajo o que no había “una verdadera amenaza de violación”, debido a las gurbas nucleares subterráneas en los atolones de Mururoa y Fangataufa.⁶² Los requisitos de las víctimas según ICCPR y la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso de las reclamaciones ambientales hacen que sea muy difícil afirmar una reclamación por un daño potencial ya que el daño es científicamente incierto y no específico a ningún individuo en particular.⁶³ En cambio los sistemas americanos y africanos de derechos humanos no requieren que el solicitante demuestre que el o ella es una “víctima” con el fin de presentar una demanda sobre la base de daños ambientales que pueden dar lugar a violaciones a los derechos humanos.⁶⁴ *Actio popularis* puede ser definido como “una acción para obte-

⁶¹ Shigeta, 68 y fn. 222.

⁶² Shigeta, 70-71 (describe *E.W. et al. v. Netherlands* CCPR/C/47/D/429/1990 decide 8 Apr. 1993, paras 6.4 y 7; *Mrs Vaihere Bordes and Mr John Temeharo v. France* CCPR/C/57/D/645/1995, decide 22 Jul. 1996, para. 5.5).

⁶³ Shigeta, 90-91.

⁶⁴ Shigeta, 96.

ner remedio presentada por una persona o un grupo en nombre del público, sin representar directamente a la víctima”.⁶⁵ La Comisión Europea de Derechos Humanos, la Comisión Inter-Americana y la Comisión Africana aceptan reclamaciones *actio popularis*. Tales reclamaciones generalmente aparecen en la forma de que una organización presente la queja en lugar de un individuo. *Actio popularis* es una herramienta importante que permite el acceso a la justicia por las personas que no pueden presentar sus reclamos con la protección y utilizando un grupo. Los individuos que utilizan *actio popularis* a menudo lo hacen por miedo a presentar la reclamación o porque son incapaces de presentar una demanda por razones económicas.⁶⁶

⁶⁵ Louise Mallinder, Amnistía, Derechos Humanos y Transiciones Políticas, 252 fn 26, disponible: https://books.google.com/books?id=h_bbBAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false (2008)

⁶⁶ Ver Mallinder, fn. 27, citando Jo M. Pasqualucci, El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estableciendo Precedentes y Procedimiento en la Ley de Derechos Humanos (1995)



Capítulo II



Carga de la prueba

El principio preventivo, precautorio y contaminador paga son normas de apreciación y valoración que se utilizan en el derecho ambiental. Esta sección demuestra como el principio precautorio es ampliamente utilizado pero no existe una definición concreta o criterio que guíe como se utiliza el principio precautorio, “[la] popularidad [del principio precautorio] procede de su ambigüedad; no existe un principio único...no obliga a nadie con nada...los que promueven el principio sugieren que la precaución es un principio como la proporcionalidad o la equidad cuyo significado surge a través de la interpretación jurídica en las diferentes culturas jurídicas”.⁶⁷ El principio de quien contamina paga fue diseñado para enfrentar los daños que ya se han generado. Independientemente si el nivel de cuidado aplicado es la prevención, precaución o contaminador paga, cada norma es diseñada para proporcionar la protección progresiva del medio ambiente.⁶⁸

2.1 Apreciación y valoración

Las normas legales de apreciación y valoración aplicadas en la evaluación si un actor ha cumplido con las obligaciones legales ambientales reflejan las otras obligaciones incluyendo los conceptos tales como la

⁶⁷ 36-37

⁶⁸ Rosie Cooney, El Principio Precautorio en la Conservación de la Biodiversidad y los Recursos Naturales #, 8-9.

culpa (basada en intención o negligencia), la responsabilidad objetiva (que puede estar sujeta a ciertas calificaciones o defensas) y la responsabilidad absoluta (sin ninguna justificación). Las responsabilidades ambientales internacionales se imponen con diferentes niveles de apreciación y valoración en práctica, dependiente de la obligación en cuestión y la naturaleza de la actividad (si es ultrapeligrosa o de lo contrario). La responsabilidad objetiva de las actividades ultrapeligrosas puede ser considerada como un principio general del derecho, tal como se presenta en la Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales (Convenio sobre Responsabilidad) de 1972; la Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos (CRAMRA) de 1988; la legislación nacional de muchos estados relacionadas a las actividades ultrapeligrosas; y los tratados de responsabilidad civil relacionados a las actividades nucleares, los traslados de residuos peligrosos, el transporte marítimo de hidrocarburos y las actividades peligrosas en general. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) en su Opinión Consultativa sobre las Responsabilidades y Obligaciones en la Zona sostuvo por contrario que en virtud del Artículo 139(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM), la responsabilidad surge solamente por el incumplimiento de la obligación estatal de debida cautela, descartando la norma de estricta responsabilidad.⁶⁹

Los principios ambientales⁷⁰ de prevención y precaución subyacen la apreciación y valoración permitida de los actores gubernamentales (o requerida en algunos regímenes jurídicos) para promulgar leyes y regulaciones restrictivas con el fin de proteger el medio ambiente. El principio preventivo refleja la naturaleza, a menudo irreversible, del daño ambiental. Incluso en el caso de daño que

⁶⁹ Sands y Peel, 711-712.

⁷⁰ Rosie Cooney, El Principio Precautorio en la Conservación de la Biodiversidad y los Recursos Naturales, 8 disponible en: https://books.google.com/books?i-d=RhFh-nRdZ_sC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false

puede ser reparado, es mucho más económico evitar el daño en primer lugar en vez de repararlo después de haber ocurrido. Así, el principio de prevención puede ser definido como el uso de medidas preventivas tales como la investigación, planificación, acción, antes de participar en actividades que puedan causar daños al medio ambiente.⁷¹ Por ejemplo, se refleja a nivel nacional en la Ley de Prevención de Contaminación de 1990 que da prioridad una jerarquía de medidas de control de la contaminación en el orden de

(1) prevención, (2) reducción, (3) reutilización y reciclaje de los contaminantes, (4) la eliminación como últimos recurso.

En el derecho internacional no vinculante, el principio preventivo se refleja en los Principios 6 y 21 de Estocolmo, el Principio 2 de Río, el Reglamento de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en ingles) sobre la contaminación transfronteriza, los principios jurídicos de los expertos de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (WCED, por sus siglas en ingles) para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible de 1986, la Reafirmación y el Proyecto Borrador de Artículos de Responsabilidad ILC de 1989.⁷²

Un elemento esencial del principio precautorio es que la lógica de la incertidumbre se encuentra en el derecho ambiental. Las incertidumbres científicas existen inherentes a las cuestiones ambientales. Por lo tanto, el derecho ambiental se diferencia de otras disciplinas clásicas de la ley en que la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razonamiento para postergar la adopción de medidas o costos efectivos para impedir la degradación del medio ambiente.

⁷¹ Nanda y Pring, 62.

⁷² Nanda y Pring, 62-63 y fns. 212-215.

El principio precautorio se refiere al principio de prevención. Ambos principios operan en las etapas previas al daño y tratan de impedir la consumación de daños. La primera preocupación presupuestaria de ambos principios es el peligro, amenaza o riesgo de daño. La diferencia entre los principios es que el principio preventivo (conduce a un operativo legal para actuar sobre las causas y las fuentes de problemas ambientales, mientras prevenir la consumación de danos al medio ambiente), funciona con cierto riesgo, comprobados o reales. Mientras tanto, el principio precautorio presupone riesgos inciertos o presuntos peligros de daños graves o irreversibles, incluso en un contexto de incertidumbre científica. En relación con el Tribunal Supremo de Brasil, el principio precautorio es una adaptación para esta época ya que seta destinado para abordar las tecnologías más complejas y sofisticadas.⁷³

El principio precautorio se establece en las siguientes leyes ambientales de Latinoamérica y el Caribe:

PAÍS	DOCUMENTO JURÍDICO
Ecuador	Constitución Nacional (2008), Art. 396
México	Ley de Bioseguridad GMO, Art. 8
Panamá	Ley de Protección Ambiental 1999, Art. 2
El Salvador	Decreto 233/98, Art. 2 e)
Cuba	Ley 81/97, Art. 4 d)
Uruguay	Ley 17283/00, Art. 6 b)

Argentina	Ley 25675, Art. 4
Nicaragua	Ley 217/96, Art. 4, 3°
Republica Dominicana	Ley 64/00, Art. 8°
Costa Rica	Ley de Biodiversidad , Art. 11
Venezuela	Ley de Diversidad de la Biológica, Art.105
Paraguay	Ley Nacional de Política Ambiental
Perú	Ley 28611, Titulo Preliminar, Art.VII
Colombia	Ley 99/93

Latinoamérica ofrece un contexto relevante en cuanto al principio precautorio. En la ley 99 de Colombia y la Constitución Ecuatoriana (2008), la formulación de políticas ambientales toman en consideración los resultados de la investigación científica. Las autoridades ambientales y los ciudadanos aplican el principio precautorio cuando existen amenazas de peligro de un daño grave o irreversible. Cabe señalar que la falta de certeza científica absoluta en Colombia, así como en Ecuador, no debe ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. En Costa Rica, el principio precautorio se abarca en el artículo 22 de la *Ley de Biodiversidad*. El principio también está consagrado en el Artículo 105 de la *Ley de Diversidad Biológica* y la *Ley Orgánica de Medio Ambiente* de Venezuela. Paraguay ha adoptado el principio como parte de su política ambiental nacional. En la ley 217/96 de Nicaragua, según lo indicado en el tercer párrafo del Artículo 4, la norma de prevención prevalece sobre cualquier otra gestión pública y privada ambiental.

⁷³ Caso Nº 1.310.471 - SP (2011/0293295-2), Acumuladores Ajax v. Fazenda Estado do Sao Paulo. Tribunal Superior de Justicia (STJ) del Brasil.

La *Ley del Medio Ambiente* del El Salvador, Decreto 233/98, Artículo 2 establece que los principios de prevención y precautorio predominan en la gestión de la protección ambiental. La Ley 64-00, Artículo 2, Medio Ambiente y Recursos Naturales de la República Dominicana, declara que el criterio de la prevención prevalece sobre cualquier otro criterio en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales. Además, la ley establece que, de conformidad con el principio precautorio, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para no adoptar medidas preventivas y adecuadas en todas las actividades que tienen impacto negativo en el medio ambiente. La Ley 17283, Artículo 2 del Uruguay establece que la prevención y la preparación son criterios prioritarios en la gestión ambiental, y donde existe peligro de un daño grave e irreversible, junto con la incertidumbre en cuanto a razones técnicas o científicas para no adoptar los principios de prevención de medidas preventivas, también sirven como criterios para resolver los problemas que puedan surgir en la aplicación de las normas y responsabilidades de protección del medio ambiente.

Como muchos países Latinoamericanos han ilustrado en su enfoque al principio precautorio—en Latinoamérica hay una “nueva generación de normas” para la protección del medio ambiente. Dichas normas implican una inclinación a la ecología y la incorporación de los principios de política o derecho ambiental. En la región, el principio precautorio tiene una “carta de ciudadanía”, después de haber recibido rápidas disposiciones constitucionales en países como el Ecuador (Artículo 396 de la Constitución ecuatoriana) que también otorga a la naturaleza una legitimación activa para obrar en la remediación y restauración; y otras leyes conceptuales promulgadas en Latinoamérica y el Caribe.

La apreciación y valoración estatal, en la aplicación del principio de prevención, requiere a un Estado ejercer la “debida cautela” para prevenir el daño. No existe una obligación absoluta para evitar daños en virtud del principio de prevención. Como un concepto de

derecho internacional consuetudinario, la debida cautela requiere una legislación eficaz, controles administrativos y se la conducta esperada de un buen gobierno.⁷⁴ Los tratados y las convenciones que incorporan un requisito de evaluación de riesgos dan efecto al principio de prevención. Estos incluyen el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (que se describe con mayor detalle mas adelante), el Protocolo de Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, y el requisito de evaluación ambiental del Banco Mundial.⁷⁵

El principio precautorio es una desviación del principio de prevención.⁷⁶ Se puede observar en el Principio 15 de la Declaración de Río:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.⁷⁷



El principio precautorio se ocupa de los riesgos donde no se puede conducir o concluir una evaluación de riesgos debido al grado desconocido del riesgo. En el ámbito de estadísticas, como concepto “riesgo incierto” describe una distinción entre una proba-

⁷⁴ Nanda y Pring, 63.

⁷⁵ Sands y Peel, 616-618.

⁷⁶ Nanda y Pring, 64.

⁷⁷ Sands y Peel, 218; y Zander, 36-37.

bilidad razonablemente bien conocida y una probabilidad desconocida de la ocurrencia de un evento, y no una distinción entre la certeza y probabilidad.⁷⁸ El principio de prevención se aplica a la prevención de ciertos riesgos, y el principio precautorio se aplica a la prevención de riesgos inciertos.⁷⁹

La aplicación del principio precautorio incluye considerar tales conceptos como la amenaza grave y los daños irreversibles; identificación de la producción, actividad y sustancia; y la identificación del daño grave futuro. Debe abordar un daño grave. Pero, ¿cuanta evidencia es necesaria para tomar acción o detener un daño? La respuesta correcta es que depende de la jurisdicción. Por ejemplo, en los Estados Unidos, el demandante debe que comprobar tanto la causalidad en general – es decir, que un contaminante podría causar su lesión, y la causalidad específica – es decir, que un contaminante fue la causa de su lesión,⁸⁰ mientras que el Tribunal Supremo ha establecido la prevención como la regla general y cada vez más apoya las precauciones con respecto a los riesgos ambientales y la población. “La ley en la legislación brasileña es que la exposición simple de la salud es suficiente para la aplicación de sanciones (e-STJ, fl. 552)”.⁸¹

Ricardo Lorenzetti indica que “el principio precautorio es relativamente reciente en el campo ambiental, pero se ha expandido a un ritmo sin precedentes. El principio precautorio ha ganado consenso [...] debido a la aversión al riesgo y el cambio que se está produciendo con respecto a la percepción de los riesgos sociales. Sin embargo, también genera opiniones disidentes y escasos avances. Las decisiones en un entorno de incertidumbre son naturalmente difíciles.”⁸²

⁷⁸ Zander, 11.

⁷⁹ Zander, 15

⁸⁰ Lin.

⁸¹ Caso N° 1.310.471 - SP (2011/0293295-2), Acumuladores Ajax v. Fazenda Estado do Sao Paulo. Tribunal Superior de Brasil.

⁸² Lorenzetti, Ricardo L. Teoría del Derecho Ambiental

Serie de interrogantes generados por el principio precautorio⁸³:

¿El principio precautorio es una declaración política o un principio vinculante? ¿El principio precautorio aplica únicamente a funcionarios públicos o también a los ciudadanos? ¿Cuál es el efecto del principio precautorio en las políticas públicas? ¿El principio precautorio solamente se puede aplicar cuando existen medios eficaces de protección o también cuando hay medidas con efectos desconocidos? ¿El principio precautorio requiere una certeza absoluta, relativa, parcial o total? ¿El principio precautorio se aplica en general o solamente en los casos que los riesgos son incontrolables y superan el rango de probabilidad, como el cambio climático o el agotamiento de la capa de ozono o la amenaza de especies o el deterioro de la biodiversidad? ¿El principio precautorio impone la carga de la prueba o transfiere el riesgo y retrasa la incertidumbre? ¿Se debería aplicar un análisis de riesgos y beneficios al principio precautorio?



⁸³ Lorenzetti, Ricardo L. Teoría del Derecho Ambiental

Al igual que el principio de prevención, el principio precautorio también requiere la diligencia debida. La decisión del Caso Celulosa y la Opinión Consultiva TIDM proporcionan estándares para lo que la diligencia debida pueda requerir.⁸⁴ En su Opinión Consultiva sobre las responsabilidades y obligaciones en la Zona, TIDM indicó que la diligencia debida era un “concepto variable” que podría cambiar con el tiempo con nuevos conocimientos científicos y en relación con los riesgos involucrados en la actividad, por lo tanto, “la norma de diligencia debida tenía que ser más grave para las actividades de mayor riesgo”. TIDM también consideró el principio precautorio como parte de la obligación de diligencia debida en virtud de la Convención CDM, obliga a los Estados patrocinadores a tomar todas las medidas apropiadas para prevenir los daños que pueden derivarse de las operaciones de sus contratistas en circunstancias donde la evidencia científica sobre el alcance y el impacto del riesgo es insuficiente pero donde hay indicios plausibles de riesgo potencial. Desconocer estos riesgos podría causar a un estado patrocinador dejar de cumplir con su obligación de diligencia debida.⁸⁵

El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) se refiere a medidas que tienen por objeto

(1) la protección de animales, plantas o humanos de riesgos causados por la introducción de organismos portadores de plagas o enfermedades; (2) la protección de la vida humana o animal contra los riesgos derivados de los aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los alimentos, bebidas, o

⁸⁴ Sands y Peel, 713.

⁸⁵ Sands y Peel, 713-714 (cita ITLOS, Opinión consultiva sobre Responsabilidades y obligaciones en el Are, paras. 117 y 131).

piensos; (3) la protección de la vida humana o la salud frente a los riesgos de enfermedades propagadas por animales, plantas o sus productos, o de la introducción, radicación o propagación de plagas; o (4) prevenir o limitar otros perjuicios resultantes de la introducción, radicación o propagación de plagas.⁸⁶

Los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden referirse a estándares acordados internacionalmente al establecer las medidas en virtud del Acuerdo MSF. Sin embargo, también pueden representar un mayor nivel de protección si se cumplen ciertos criterios como establecidos en el artículo 5 del Acuerdo MSF. Estos criterios requieren la realización de una evaluación de riesgos, tal como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF:⁸⁷

⁸⁶ Zander, 40 y fn. 35.

⁸⁷ Aplicación del principio precautorio es evidente en la legislación de la OMC. El Principio Precautorio ha sido aplicado en el derecho internacional ambiental en el contexto del Acuerdo MSF de la OMC, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947)

Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.⁸⁸



Con respecto a los riesgos derivados de plagas o enfermedades, la probabilidad, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas, deben ser evaluadas; mientras que con respecto a los riesgos de los alimentos, bebidas o piensos, solamente debe evaluarse el potencial de efectos adversos.⁸⁹ Adicionalmente, el artículo 5.7 del Acuerdo MSF que refleja sobre el principio precautorio permite que las medidas pueden mantenerse o introducirse incluso si no hay suficiente evidencia científica relacionada con el tema en general, con carácter provisional, a condición de que el miembro busca obtener información adicional en un plazo

⁸⁸ Zander, 42.

⁸⁹ Zander, 43 y fn. 49.

razonable de tiempo.⁹⁰ Sin embargo, el principio precautorio no puede anular los requisitos estrictos de la evidencia científica y la evaluación de riesgos en los Artículos 2.2, 5.1 y 5.2 del Acuerdo MSF.⁹¹ El artículo 2.2 del Acuerdo MSF exige que los Miembros basen sus medidas sanitarias o fitosanitarias en “principios científicos” y de que no se mantengan sin testimonios científicos suficientes,” a reserva de lo dispuesto en el Artículo 5.7. El requisito de “testimonios científicos suficientes” no requiere el apoyo de la opinión científica dominante en casos de controversia científica no resuelta. En tales casos, los Miembros pueden basar sus medidas en las opiniones de la minoría científica sin recurrir, a pesar la incertidumbre científica, con el Artículo 5.7.⁹² La evidencia científica debe, como mínimo, establecer un vínculo causal entre la actividad restringida y el daño potencial.⁹³ Al establecer las medidas en virtud del Acuerdo MSF, el Artículo 5.5 establece que los Miembros no deben hacer distinciones arbitrarias o injustificables o distinciones que resultan en una discriminación o una restricción encubierta al comercio internacional, y en el Artículo 2.3 exige que las medidas no pueden discriminar arbitrariamente o injustificablemente entre miembros donde las condiciones idénticas o similares prevalecen. El Órgano de Apelación

⁹⁰ Zander, 43, 48-49 y fn. 82-83 (cita Informe del Órgano de Apelación. Japón – Medidas que afectan los productos agrícolas, WT/DS76/AB/R (*Japan Agricultural Products II*), paras. 89 y 90; AB Informe, *EC-Hormones II*, para. 676; y el Informe del Panel *EC-Hormonas II*, paras 7.594 y 7.826); Zander 57 y fn 130-131 (cita AB Informe, *Japan-Apples*, para. 179; y AB Informe, *EC-Hormones II*, para. 677); Zander 62.

⁹¹ Zander, 47 y fn. 72 (cita AB Informe, *EC-Hormones I*, para. 125).

⁹² Zander, 47-48 y fns. 73-78 (cita AB Informe, *EC-Hormones I*, para. 194 y el Informe del Órgano de Apelación, EEUU Mantenimiento de la Suspensión de las Obligaciones en la diferencia CE-Hormonas, WT/DS320/AB/R (*EC-Hormones II*), para. 679.)

⁹³ Zander, 61 y fns. 159-161 (cita Informe del Panel, *Japan-Apples*, para. 8.199; AB Informe, *Japan Agricultural Products II*, para. 83; y AB Informe, *Japan-Apples*, para. 162.)

ha constatado que las distinciones sin fundamento entre las sustancias reguladas o productos que no están motivados por el proteccionismo y tratan a los productos nacionales y extranjeros de la misma manera, no violen estos requisitos.⁹⁴

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) abarca los requisitos para

(1) las características del producto obligatorio, métodos de proceso y producción, incluidas las disposiciones administrativas pertinentes, como la terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado (“reglamentos técnicos”); (2) oficial, no obligatorio reglas, directrices o características, por lo general o varias veces, aplicadas para productos, procesos y métodos de producción (“normas”); (3) los procedimientos para determinar el cumplimiento con los reglamentos técnicos o normas (“evaluaciones de la conformidad”).⁹⁵

El Acuerdo OTC tiene prioridad donde las medidas para cumplir las definiciones tanto del Acuerdo MSF como del OTC.⁹⁶ El Acuerdo OTC permite a los Miembros de la OMC introducir reglamentos técnicos, siempre y cuando no creen “obstáculos innecesarios al comercio internacional”, y son “necesarios para alcanzar un objetivo legítimo”, como la salud o seguridad humana, animal o vegetal, o la salud y el medio ambiente.⁹⁷ Al igual que

⁹⁴ Zander, 70-71 y fns. 206 y 213 (cita AB Informe, *EC-Hormones I*, paras 212, 213, 244 y 245).

⁹⁵ Zander, 40-41 y fns. 37-40.

⁹⁶ Zander, 41 y fn 41.

⁹⁷ Zander, 44.

con el Acuerdo MSF, las normas pertinentes son reconocidas internacionalmente, de las cuales los miembros pueden apartarse si son ineficaces o inapropiadas para el cumplimiento de los objetivos de la política reconocida. La apreciación y valoración para el establecimiento de las medidas del Artículo 2.2 es más indulgente que el Acuerdo MSF. No requiere una evaluación completa de los riesgos, sino que dice:

Al evaluar tales riesgos, los elementos pertinentes de consideración son, entre otros, la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración o los usos finales de los productos.⁹⁸



Por otra parte, no hay distinción entre el Acuerdo OTC entre las circunstancias de cierto riesgo y las circunstancias de riesgo incierto. Así pues parece que las medidas precautorias pueden adoptarse en el marco del Acuerdo OTC, sin el requisito de que sean de carácter provisional.⁹⁹

GATT de 1994 impone obligación no discriminatorias y obligaciones de trato nacional a los Miembros que garanticen el acceso al mercado, con excepciones en el artículo XX para las medidas que sean necesarias para proteger la vida humana, animal o plantas, para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos, y en relación con la conservación de los recursos naturales no renovables, siempre que no impongan una discriminación arbitraria o injustificada o una restricción del comercio internacional.¹⁰⁰

⁹⁸ Zander, 45.

⁹⁹ Zander pp. 44-45.

¹⁰⁰ Zander pp 42 y 46

2.2 Aplicación del principio precautorio

2.2.1 Legislación Nacional Europea y de la Unión Europea (UE)

Al igual que la legislación de la OMC, se aplica el principio precautorio en la legislación de la UE para justificar y legalizar las restricciones comerciales que de otro modo serían violaciones de las obligaciones de los Estados en virtud de los acuerdos internacionales pertinentes. Pero en la UE, el principio precautorio también es utilizado por las instituciones de la UE como base para la legislación.¹⁰¹ El Tratado de la UE no define el principio precautorio, pero lo prescribe para la protección del medio ambiente. La Comisión Europea emitió una comunicación en 2000 para establecer las circunstancias en que debe emplearse el principio precautorio:

3...cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el *medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal* puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad.

...

6. En caso de que se considere necesaria la acción, las medidas basadas en el principio de precaución deberán ser, entre otros aspectos:

- *proporcionales al nivel de protección elegido,*
- *no discriminatorias en su aplicación,*
- *coherentes con medidas similares ya adoptadas,*

¹⁰¹ Zander, 77-78.

- *basadas en el examen de los posibles beneficios y los costes de la acción o de la falta de acción (y pueden incluir un análisis económico coste/beneficio cuando sea conveniente y viable),*
- *sujetas a revisión, a la luz de los nuevos datos científicos, y*
- *capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa.*

Proporcionalidad significa la adaptación de las medidas al nivel de protección elegido. La reducción del riesgo hasta el nivel cero raramente es posible, pero una evaluación incompleta del riesgo puede reducir el abanico de opciones posibles para los gestores del riesgo. La prohibición total puede no ser una respuesta proporcionada a un posible riesgo en todos los casos, pero en algunos es la única respuesta posible ante un riesgo dado.

No discriminación significa que las situaciones similares no deben tratarse de forma diferente, y que las situaciones diferentes no deben tratarse del mismo modo, a menos que haya razones objetivas para hacerlo.

Coherencia significa que las medidas deberán tener una dimensión y una naturaleza comparable con las ya adoptadas en ámbitos equivalentes en los que se dispone de datos científicos.

Examinar los costos y los beneficios supone comparar el costo para la contaminación global de la acción y de la inacción, tanto a corto como

a largo plazo, lo que no se limita sencillamente a un análisis económico de rentabilidad, sino que abarca un ámbito mucho más amplio e incluye consideraciones no económicas, como la eficacia de las posibles opciones y su aceptabilidad para la población. Al llevar a cabo tal examen, deberá tenerse en cuenta el principio general y la jurisprudencia del Tribunal de que la protección de la salud tiene prioridad sobre las consideraciones económicas.

Sujetas a revisión a la luz de los nuevos datos científicos significa que las medidas basadas en el principio de precaución deben mantenerse en tanto la información científica sea incompleta o no concluyente y se considere que el riesgo es demasiado alto para imponerlo a la sociedad, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido. Las medidas deberán ser revisadas periódicamente teniendo en cuenta el progreso científico, y modificadas según sea necesario.

Designar a quién incumbe aportar pruebas científicas es una consecuencia común de estas medidas. Los países que imponen el requisito de aprobación previa (autorización para la comercialización) para los productos que consideran peligrosos a priori invierten la carga de la prueba, al tratarlos como peligrosos a menos que las empresas lleven a cabo la investigación científica necesaria para demostrar que son seguros, y hasta que lo hagan.¹⁰²

¹⁰² COM/2000/1, Resumen.

La obligación de realizar una evaluación de riesgos es, según la Comisión, no absoluta—“una evaluación de riesgo debe considerarse siempre que sea posible al momento de decidir si invocar el principio precautorio”.¹⁰³ Esto es en contraste con el requisito del Acuerdo MSF de una estricta evaluación del riesgo, sujeta a excepción en situaciones en las que los datos científicos son insuficientes sobre la cual se pretende basar dicha evaluación.¹⁰⁴ Del mismo modo, la obligación de realizar un análisis de costo-beneficio no es estricta, solo es posible cuando sea “apropiado y posible.”¹⁰⁵

La CIJ todavía no ha declarado que el principio precautorio tiene ningún efecto vinculante en el derecho internacional. Sin embargo, en el Caso *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997, las partes acordaron que el principio precautorio era un requisito legal, y la CIJ permitió negociar su aplicación. El TIDM en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CDM) también negó aplicar el principio precautorio en el Caso *Southern Bluefin Tuna* de 1999 y el Caso *MOX Plant*, aunque el principio fue presentado en el argumento de los demandantes. En tales casos, en cambio, el TIDM permitió que las partes pudieran negociar la sustancia de restricciones entre sí después de compartir información sobre los riesgos, en lugar de imponer una norma objetiva.¹⁰⁶

2.2.2 Las Américas y otras jurisdicciones

El principio precautorio se aplica de diferentes maneras en los distintos regímenes legales. En Suecia, se trata de un principio

¹⁰³ COM/2000/1, Sección 5.1.2.

¹⁰⁴ Zander, 95.

¹⁰⁵ Zander, 99.

¹⁰⁶ Zander 38-39 y fn 26 y 29 (cita *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan (Casos)*, ITLOS, Orden de 27 de agosto de 1999 y *The MOX Plant Case (Ireland v. U.K.*, (Medidas provisionales), (ITLOS), Orden de 3 de diciembre de 2001.

fundamental que obliga al gobierno actuar de forma cautelara, y los tribunales difieren con su aplicación. En el Reino Unido, el principio precautorio permite, pero no requiere, que el gobierno actúe de manera precautoria, y los tribunales también son muy deferentes con la decisión del regulador. En los sistemas de Estados Unidos y la OMC, el principio precautorio sólo se puede aplicar como base para la regulación después que se siguen ciertos procedimientos para establecer un riesgo factible y costos balanceados y beneficios de la regulación. Los tribunales de los Estados Unidos examinan si la información relevante ha sido tomada en consideración y pueden anular la regulación si no es el caso.¹⁰⁷ Los siguientes párrafos exploran en detalle las diferentes aplicaciones del principio precautorio.

En **Chile**, las discusiones sobre la ampliación del alcance de lo que el principio precautorio implica involucraron considerar diversos factores o sub-principios, tales como otorgar responsabilidad de descontaminación o reparaciones al contaminador; que el contaminador proporcione indemnizaciones o pago de multas; o que el contaminador pague por los costos, como los informes de expertos independientes, costos de la corte de las potenciales aplicaciones. En las discusiones del poder judicial chileno era importante que el principio precautorio no fuera utilizado únicamente para que los contaminadores paguen multas, daños o reparaciones, sino más bien, el principio debía ser ejercido para preservar la naturaleza mediante el apoyo a las condiciones en las que, en la mayor medida posible, el lugar del daño pudiese ser restaurado a su estado previo al daño. La cuestión clave no era permitir la perpetuación de los daños, ya que esto conduce a una cuestión de costo-beneficio, que puede ser asumida por la actividad económica de una persona. Aquí se pretende evitar que los daños sigan y sean revertidos. Los jueces generalmente evitan imponer costos excesivos ya que consideran la protección del medio ambiente como una cuestión económica, pero en realidad, el objetivo debe ser disuadir al infractor actual y potencial.

En **Suecia**, el principio precautorio impone una obligación general de los ciudadanos, en lugar de ser simplemente una base para los entes reguladores y restringir la actividad. Puede ser visto más como un verdadero deber de cuidado que el principio precautorio aplicado en la legislación de la OMC y la UE. De acuerdo con el artículo 2:7 del Código de Protección Ambiental de Suecia, las medidas emitidas deben ser “razonables”. Este requisito ha sido interpretado en el sentido de que deben ser ambientalmente justificables y no desproporcionadas. Mientras se evaluación el costo y beneficio para asegurar que no sean drásticamente desproporcionadas, no hay un requisito de costo-eficacia.¹⁰⁸

En el **Reino Unido**, el principio precautorio sirve de regulación en una base discrecional. Es un principio de derecho común, que se describe en el Informe del Grupo de Enlace Interdepartamental sobre la Evaluación de Riesgos (“Informe ILGRA”) de 2002. El Informe ILGRA clarifica que una evaluación de riesgos y análisis de costo beneficio se deben realizar en la aplicación del principio precautorio. Sin embargo, el requisito de evaluación de riesgos no es claro, ya que el principio puede aplicarse cuando existe una “buena razón” para creer que puede haber efectos dañinos. No existe un procedimiento formal o estándar para evaluar los costos y beneficios.¹¹¹

El principio precautorio se ha desarrollado diferente en las Américas. En los **Estados Unidos**, mientras que el principio precautorio no existe como un concepto legal independiente, las agencias pueden actuar de manera precautoria si llevan a cabo una evaluación de riesgos y encuentran un posible riesgo antes

¹⁰⁸ Zander, 174-175.

¹⁰⁹ Zander, 216-217 y fn. 9 (cita El Principio Precautorio: Política y aplicación, Informe del Grupo de Enlace Interdepartamental de Evaluación de Riesgos, 2002).

¹¹⁰ Zander, 231.

¹¹¹ Zander, 249.

de promulgar una reglamentación restrictiva. Una Evaluación de Riesgos Reglamentaria se lleva a cabo antes de la promulgación de un reglamento. Los tribunales analizan la evidencia científica para determinar si un riesgo está presente o no, pero rara vez ponen a prueba el rendimiento de los análisis de costo y beneficio y la Evaluación de Riesgos Reglamentaria.¹¹²

En **Costa Rica**, el caso *Padilla Gutiérrez (Las Baulas) v SETENA* demuestra la aplicación del principio precautorio. En las Baulas, los vecinos de las áreas vecinas al Parque Nacional Marino las Baulas de Guanacaste se defendieron exitosamente de los desarrolladores argumentando que no podía haber ninguna construcción a menos que se llevaran a cabo estudios de impacto ambiental. Los demandantes especialmente argumentaron que las evaluaciones de impacto ambiental debían tener en cuenta el impacto holístico que los hoteles y las construcciones del Resort tendrían en los recursos naturales de los alrededores, y que era insuficiente estudiar el impacto de cada casa destinada a ser incorporada ya que no se toma en cuenta como se afectan los proyectos entre sí y al medio ambiente en general.¹¹³

2.3 Límites de responsabilidad

No existe una norma internacional acordada para el establecimiento del umbral de daños ambientales que dan lugar a la responsabilidad del Estado, por lo que se deduce que no todos los daños al medio ambiente dan lugar a la responsabilidad.¹¹⁴ Varias prácticas, decisiones y escritos sugieren que el daño debe ser

¹¹² Zander, 294-295.

¹¹³ PADILLA GUTIERREZ, Clara Emilia y otros, todos en su condición de vecinos de lugares aledaños al Parque Nacional Marino Las BAULAS de Guanacaste c/ SETENA, Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

¹¹⁴ Sands y Peel, 708.

“significativo”, “substancial” o “apreciable”. El Ensayo Verde de 1993 de la Comisión Europea sobre la Responsabilidad Ambiental define el daño ambiental por referencia a “cargas críticas,” más allá del cual un contaminante no se puede diluir o ser eliminado por procesos naturales, por referencia a los indicadores y contabilidad ambientales, y por referencia a la legislación internacional existente que establece normas de calidad. Los tribunales y las cortes han sostenido que una reclamación sólo se presenta si el daño tiene “serias consecuencias”, si puede causar “daños irreparables, o sustancialmente perjudicar” los intereses legales de otro estado, o ha dejado la tierra inadecuada para uso.”¹¹⁵ La Comisión de Derecho Internacional señala que:

Se entiende que el término “sensible” es algo más que “detectable”, pero sin necesidad de alcanzar el nivel de “grave” o “substancial”. El daño debe producir un efecto perjudicial real en esferas, como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura en otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse mediante criterios fácticos y objetivos.¹¹⁶

¹¹⁵ Sands y Peel, 708-709 y fns. 48, 51 y 55 (cita el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Responsabilidad Ambiental, COM (93) 47, 17 Marzo 1993).

¹¹⁶ Sands y Peel, 710 (cita UN Doc. A/61/10; ILC, Proyecto de Principios sobre la Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas con comentarios, 2006; Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2006-II), Parte 2, comentario al Principio 2, para. 2). “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)”

2.4 Atribución y carga de la prueba

Como se describe en el Módulo II, ciertas leyes ambientales internacionales y nacionales solamente imponen responsabilidad si se demuestra la causalidad, y otras no requieren una demostración de la causalidad.

En virtud de la CDM, el TIDM determinó que la responsabilidad surge solo si se muestran dos elementos:

- (1) que el Estado patrocinante no haya podido llevar a cabo sus responsabilidades a través de una acción u omisión;
- (2) que se haya producido el daño.

Además tenía que haber un nexo causal entre la falta de cumplimiento de la responsabilidad del Estado y el daño que se ha producido. La relación causal no se presume, pero debe ser comprobada.¹¹⁷

Varios regímenes de derecho internacional pretenden regular la capacidad de los Estados para imponer medidas restrictivas con el fin de proteger el medio ambiente. Bajo estos regímenes, si dos partes están en desacuerdo sobre la permisibilidad de cualquier medida restrictiva en particular, se plantea la cuestión de dónde recae la carga de la prueba y cual es el umbral de la prueba. La discusión a continuación describe como diversos regímenes han abordado estas preguntas.

¹¹⁷ Sands y Peel, 731 (cita *Responsabilidades y obligaciones jurídicas de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona* (Opinión Consultiva) (Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, ITLOS Caso No. 17, 1 Febrero 2011)).

En la legislación de la OMC, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) de 1994, después que se ha formulado una prima facie que demuestra que una medida no se ajusta a la no discriminación o las obligaciones del acceso a los mercados, la carga de la prueba recae en el Miembro que promulga la medida para mostrar que la medida se inscribe en las excepciones del Artículo XX.¹¹⁸

En virtud del Acuerdo MSF, se presume la legalidad de las medidas reguladas por el acuerdo. Por lo tanto, la carga de la prueba recae en el Miembro que desafía para mostrar que una medida no esta permitida bajo el Acuerdo MSF.¹¹⁹ Luego que la parte quejosa ha presentado suficiente evidencia, por ejemplo, que la medida en cuestión no se mantuvo en la dependencia de una evaluación de riesgos o una base científica suficiente, la carga se transfiere a la parte demandada para demostrar que una evaluación de riesgo se había realizado y producido suficiente evidencia científica en apoyo de la medida.¹²⁰ Sin embargo, cuando una parte se basa en la excepción del artículo 5.7 que permite a las medidas mantener o introducir inclusivamente si no hay suficiente evidencia científica en relación con la materia en general provisional (siempre que el miembro busque obtener información adicional dentro de un plazo razonable de tiempo) la carga recae en la parte que reclama la excepción de demostrar que se han cumplido los requisitos de la excepción.¹²¹

La norma de la OMC para la revisión de la evidencia científica en la evaluación de estas preguntas requiere el establecimiento de una evaluación de riesgos llevada a cabo en el marco del Acuerdo MSF que proviene de una “fuente respetada y competente”, que ha “identificado adecuadamente la base científica” y es, “objeti-

¹¹⁸ Zander, 42.

¹¹⁹ Zander, 42.

¹²⁰ Zander, 68 y fn 198 (cita AB Informe, *Japan- Apples*, para 160).

¹²¹ Zander, 69 y fn. 205 (cita AB Informe, *EC-Hormones II*, para. 674).

va y coherente”. El Panel de evaluación de una controversia no puede ir más allá y llevar a cabo su propia evaluación de riesgos para examinar de novo si la evaluación de riesgo realizada por el Miembro justifica la medida en cuestión.¹²²

En la UE, la revisión judicial del principio precautorio se limita a examinar si los errores manifiestos han sido cometidos y si la entidad en cuestión ha abusado su poder, o de lo contrario, actuado por extralimitación.¹²³ En el caso de la admisión de nuevos productos a un Mercado, los requisitos previos de aprobación se pueden utilizar, por el que un Estado miembro pone en marcha un proceso para probar un producto en particular antes que pueda ser vendido. Cuando existe un requisito de aprobación previa, la norma que debe cumplirse es clara y la carga está en el vendedor del producto para demostrar que es seguro (completando el proceso para el listado) antes que pueda ser colocado en el mercado. En ausencia de tales requisitos de aprobación previa, la carga de probar la seguridad todavía puede ser impuesta en el vendedor, una vez que la entidad reguladora ha cumplido con la carga inicial de demostrar la posible aparición de un riesgo provocando la aplicación del principio precautorio.¹²⁴

En la evaluación de la legalidad de las medidas, el Tribunal de Justicia Europeo ha limitado históricamente su evaluación de la evidencia científica para establecer si existe una controversia científica o no—determinando que la interpretación de la evidencia científica sigue el criterio del Consejo Europeo.¹²⁵ Una excepción se encuentra en la evaluación de los Estados miembros que desean derogar a la legislación de la UE en las zonas armonizadas, mediante la aplicación de las cláusulas de salvaguardia o el

¹²² Zander, 51-52 y fns. 97-98 (cita AB Informe, *EC-Hormones II*, paras. 592 and 598).

¹²³ Zander, 94.

¹²⁴ Zander, 97-98.

¹²⁵ Zander, 111 y 130 y fn 168 (describe el Caso 331/88 *Fedesa and others*, para. 9).

artículo 114 (4) y (5) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Una excepción se encuentra en la evaluación de los Estados Miembros que desean establecer excepciones a la legislación de la UE en las áreas armonizadas, mediante la aplicación de las cláusulas de salvaguardia o el Artículo 114 (4) y (5) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En tales casos, el Estado Miembro que desea establecer la excepción debe presentar nuevas pruebas científicas que demuestran que el Estado miembro desea protegerse del riesgo específico. Una segunda excepción se encuentra cuando los Estados Miembros invocan las cláusulas de salvaguardia en las medidas de armonización, en los que la carga está en el Estado Miembro, cual debe proporcionar los “motivos detallados”, sugiriendo un “riesgo específico”.¹²⁶ En un ejemplo contrario a la generalmente revisión restringida de la evidencia científica, el Tribunal de Primera Instancia en Suecia v. Comisión llevó a cabo una revisión detallada de la evidencia científica que subyace la decisión de autorizar el pesticida paraquat, que resultó en revocar la decisión de la Comisión sobre la autorización de su uso.¹²⁷

La diferencia de las cortes sobre las decisiones tomadas y entre las pruebas presentadas por el gobierno varía a nivel nacional. Por ejemplo, en Suecia, en gran medida, históricamente, las cortes encargadas de evaluar las medidas ambientales han diferido a la discreción ejercida por las agencias. Sin embargo, las nuevas cortes ambientales han llevado a cabo recientemente una revisión y análisis de la evidencia científica más detallada. Hay una carga baja de la prueba sobre el regulador para justificar

¹²⁶ Zander, 130-131 y fns. 280 y 281 (cita Casos T-366/03 y T-235/04 *Austria v. Commission*, paras. 65-8; y C-236/01, *Monsanto Agricultura Italia and Others*, paras. 108-10).

¹²⁷ Zander, 150.

una restricción de la actividad que debe basarse en la evidencia científica y no basarse en un riesgo que es meramente teórico. Cuando se cumple esta carga, la carga de la prueba se invierte a la parte regulada, y el límite de prueba es extremadamente alto para refutar la cadena de pruebas en que se basa el regulador. Al examinar la proporcionalidad de las medidas ambientales, una Corte de Suecia evalúa si el reglamento en cuestión es económicamente sostenible por la parte regulada cual puede resultar en una regulación ambiental más estricta de las actividades económicas más exitosas.¹²⁸

En el Reino Unido, las cortes han sostenido que se les impide revisar materialmente las decisiones tomadas por el gobierno sobre la base del principio de precaución. Su revisión se limita a un nivel razonable. La parte que cuestiona la decisión debe demostrar que la decisión no se podría haber tomado por una persona razonable. Mostrando meramente el error o una conclusión incorrecta no es suficiente para desafiar dicha regulación. El que quiere cuestionar debe demostrar que la decisión fue negligente o intencionalmente equivocada.¹²⁹

En los Estados Unidos, cuando se desafía una regulación ambiental, las cortes deben tomar una “mirada profunda” en la conclusión del regulador donde se encontró un riesgo significativo.¹³⁰ Por ejemplo, en la regulación de plaguicidas, la Agencia de Protección Ambiental debe demostrar un riesgo excesivo, y a fines de desafiar la regulación, la carga recae sobre el que desafía para demostrar que no existe un riesgo excesivo. Las cortes pueden volver a evaluar el riesgo, en vez de postergar la decisión del regulador. Por lo menos en ciertos casos, la capacidad de demostrar que un producto comparable, menos riesgoso ya existe en el mercado puede influir en la prueba de equilibrio.¹³¹

¹²⁸ Zander, 174-175.

¹²⁹ Zander, 231-232.

¹³⁰ Zander, 294.

¹³¹ Zander, 308-309.



3.1 Peritos y terceros

Los sistemas jurídicos varían ampliamente en los procedimientos para recolectar pruebas y presentarlas ante tribunales para su consideración. El derecho ambiental internacional esta sujeto a esta amplia variación también.

Las investigaciones in-situ de las cuestiones fácticas y científicas por el poder judicial se encuentran al extremo de la participación judicial, con la asistencia de científicos y especialistas. Por ejemplo, la CIJ decidió en el caso *Gabcikovo* visitar el sitio al que se refiere en el caso, en el ejercicio de su función de recolectar pruebas.¹³² En la solución de diferencias de la OMC, los grupos especiales están autorizados para participar activamente en la determinación de hechos, y pueden consultar y nombrar expertos científicos y técnicos, y llevar a cabo una revisión sustantiva de la evidencia científica. Esto puede incluir pruebas presentadas por las partes, presentaciones de terceros, peritos elegidos por el Panel, y cualquier otra fuente pertinente.¹³³

¹³² Nicholas Shigeta, 347 y fn. 64 (cita ICJ *Press Release* 97/03 (17 Feb. 1997) y cf. Art. 66 del Reglamento de la Corte).

¹³³ Zander, 49-50.

El poder judicial internacional ambiental tiene la autoridad para recolectar conocimiento de los hechos por parte de terceros, por su propia iniciativa. Sin embargo, la presentación voluntaria de la información a veces esta restringida a otras partes y organizaciones internacionales publicas. Por otra parte, algunos regimenes permiten una gama mas amplia de información a ser recolectada, a condición que las garantías adecuadas estén de acuerdo con respecto a la independencia e imparcialidad judicial. Por ejemplo, un procedimiento de infracción de la Comisión CE permite la presentación voluntaria de terceros y escritos *amicus curiae*, ante el poder judicial de la OMC.¹³⁴

El uso de testigos expertos en materia ambiental fue refinado por la Corte Ambiental de Nueva Gales, Australia. Dicho tribunal eliminó algunas de las ineficiencias de la presentación tradicional de confrontación de la prueba pericial reduciendo los sujetos de testimonio de aquellos sobre los que había desacuerdo e instituyendo una metodología de “pruebas concurrentes”. Utilizando la metodología de pruebas concurrentes, el juez puede jurar a más de un testigo al mismo tiempo y presidir una discusión entre ellos diseñados para rápidamente cristalizar el alcance de las diferencias de opinión.¹³⁵



¹³⁴ Shigeta, 347.

¹³⁵ McClellan, 264.

¹³⁶ Shigeta, 339.

Por ultimo, se puede hacer una distinción entre dos funciones de proceso judicial— “control judicial” y “solución extrajudicial de litigios”— que inherentemente entran en conflicto entre si:

Control judicial’ es objetivo pero flexible en que su objetivo principal radica en mantener desviación dentro de los niveles aceptables, mientras que ‘solución extrajudicial de litigios’ es subjetiva pero inflexible en que su objetivo principal es la disolución de las relaciones hostiles interpretando y aplicando la ley’.¹³⁶



Una de las formas que este conflicto se hace visible es en la evaluación de la corte de la contribución de *amicus curiae* (suponiendo que la ley procesal aplicable no se pronuncia sobre si están permitidos). Una contribución *amicus curiae* pretende promover los objetivos y ser coherente con el control de su cumplimiento para ayudar con la recolección de información. Sin embargo, puede obstaculizar los objetivos de la resolución de conflictos si una o ambas partes se oponen.”¹³⁷

¹³⁷ Shigeta, 341.



Capítulo IV



Evaluación del daño

4.1 Definición del daño ambiental

La definición del daño ambiental y la determinación del valor de los daños son centrales para el establecimiento de la responsabilidad ambiental. En esta sección se abordará la definición del daño ambiental y se discutirá su relación con el concepto de la contaminación. Los tratados y la práctica estatal reflejan una amplia variedad de definiciones de los daños ambientales. Puede estar limitado a incluir los daños a los recursos naturales como el aire, agua, suelo, fauna y flora. En términos más generales puede incluir los daños a los recursos naturales y bienes que forman parte del patrimonio cultural.¹³⁸ Incluso en términos hasta más amplios puede incluir el paisaje y los servicios ambientales. Generalmente no incluye los daños a personas o bienes, aunque tal daño puede ser consecuencia de los daños ambientales, y en algunos sistemas proseguidos conjuntamente.¹³⁹ Las definiciones de los daños ambientales se encuentran en diversos instrumentos que establecen la responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos,

¹³⁸ Sands y Peel, 706.

¹³⁹ Sands y Peel, 706.

residuos peligrosos y los organismos modificados genéticamente. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad del Estado, solamente un tratado, CRAMRA 1998 (que no ha entrado en vigor) define el daño ambiental, en el curso de la definición de daño al medio ambiente o ecosistema antártico, como “cualquier impacto sobre los componentes vivo o no vivo de ese ambiente o ecosistemas, incluyendo daño a la vida atmosférica, marítima o terrestre, mas allá de lo insignificante o lo que ha sido evaluado y juzgado como aceptable de conformidad con [la] Convención”.¹⁴⁰

El concepto de la contaminación no se puede utilizar como intercambiable con el concepto de daños al medio ambiente. Esta distinción se hace evidente por el Convenio de Lugano de 1993 conforme al cual un operador de una actividad peligrosa no será responsable de los daños (deterioro del medio ambiente) causados por la contaminación a niveles “tolerables” en virtud de las circunstancias locales pertinentes, a menudo contenidas bajo límites permisibles. Otras convenciones que también requieren los efectos adversos para demostrar el daño ambiental, como por ejemplo en relación con el agotamiento de ozono, “cambios en el ambiente físico o en la biota, incluyendo cambios en el clima, que tienen efectos deletéreos significativos para la salud humana o la composición, resistencia o productividad de ecosistemas naturales o en los materiales útiles para la humanidad”.¹⁴¹ La definición del daño en el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación de 2010 requiere un “efecto adverso” sobre la biodiversidad, que es “medible o de otro modo observable teniendo en cuenta, siempre y cuando disponibles, las líneas de base reconocidas que fueron establecidas científicamente por una autoridad competente, tener en cuenta toda otra variación antropogénica

¹⁴⁰ Sands y Peel 706-707.

¹⁴¹ Sands y Peel, 707.

y variación natural”,¹⁴² y es significativa a raíz de factores como el cambio a largo plazo o permanente, la magnitud de cambio con efectos adversos sobre los componentes de la biodiversidad, la reducción de la capacidad de la biodiversidad para proporcionar bienes y servicios, y los efectos adversos sobre la salud humana.¹⁴³

El sistema legal ecuatoriano ha definido el daño ambiental y ha establecido una forma de determinar si un cierto daño se considera o no como daño ambiental a un recurso natural. Este concepto se encuentra en la Ley de Gestión Ambiental de 2004. La definición establece que el daño ambiental “es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos”. Sin embargo, la doctrina legal en el Ecuador ha determinado que el daño ambiental es causado sólo cuando un impacto sobrepasa los límites admisibles que figuran en las normas que regular el recurso natural afectado. Esto ha sido confirmado por recientes hallazgos judiciales.¹⁴⁴

¹⁴² Sands y Peel 707.

¹⁴³ Sands y Peel, 707 (cita 1998 CRAMRA, Art. 1(15); 1993 Convenio de Lugano; Art. 1(2) del Convenio de Viena de 1985; y Art. 2(2)(b) y (2)(3) del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación Suplementario de 2010)

¹⁴⁴ Una comunidad llamada “Los Vencedores” localizada en Francisco de Orellana, una provincia de la región amazónica del Ecuador, presentó una demanda sobre un derrame de petróleo de la estación Payamino que contaminó su río y el agua potable de la comunidad. Resumen del juicio No. 22100-2009-0010, Marzo 18, 2013. Durante el juicio, la petrolera debía demostrar que no habían contaminado el agua. Por esta razón, la compañía hizo una investigación con expertos judiciales para determinar si habían sobrepasado los límites admisibles de acuerdo a la RAOHE (la regulación de actividades de petróleo y gas). El informe de expertos llegó a la conclusión que, el análisis de las muestras de suelo y agua recolectadas en el lugar del incidente, el 12 y 15 de junio de 2009 (fs1366 a 1378) estaban por debajo del límite admisible de acuerdo a los parámetros RAOHE”. No fue concedido el daño ambiental.

Aunque la contaminación no se puede utilizar indistintamente con el daño ambiental, la contaminación puede ser la base de los daños ambientales que es la base de la responsabilidad civil. Por ejemplo, el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 que impone la responsabilidad por daños ambientales causados por la contaminación de hidrocarburos, define tales daños como:

(a) Las pérdidas o daños causados fuera del buque por la contaminación resultante de la fuga o descarga de hidrocarburos del buque, donde tales fugas o descargas puedan ocurrir, siempre que la indemnización por deterioro del medio ambiente aparte de la pérdida de otras ganancias de dicho deterioro, debe limitarse a los costos de las medidas razonables de restauración actualmente realizadas o por realizar.

(b) Los gastos de las medidas preventivas y las pérdidas o daños causados por las medidas preventivas.¹⁴⁵

4.2 Valoración del daño ambiental

Cuando ha habido daños ambientales ilícitos de los cuales una de las partes es responsable, puede ser necesario calcular la valoración del daño ambiental para poder llevar a cabo un análisis de costo-beneficio de la posible restitución o para calcular la cantidad de indemnización, como se describe a continuación. Métodos alternativos de valoración incluyen los costos de tomar medidas de restitución, elaborando cálculos abstractos de

¹⁴⁵ Sands y Peel, 747 (cita Art. V Convenio de Responsabilidad Civil enmendado por el Protocolo de 1992).

acuerdo con un modelo teórico, la determinación del valor económico en conjunto a la utilización de los recursos ambientales (tales como los gastos de viaje para visitar y disfrutar de un recurso o la utilización de métodos de precios hedónicos para evaluar propiedad privada con servicios ambientales similares), o la obtención de las valoraciones contingentes mediante encuestas a individuos para determinar su disposición a pagar por bienes y servicios ambientales, como el aire limpio y el agua o para la preservación de las especies en peligro de extinción.¹⁴⁶

En un ejemplo de valoración de los daños ambientales, el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall de 2002, valoraron daños a la tierra de las pruebas nucleares realizadas por los Estados Unidos desde 1946 hasta 1958. El otorgamiento incluía US\$199, 154,811 para las pérdidas pasadas y futuras, US\$91, 710,000 para la restauración de un “Estado seguro y productivo” y US\$34, 084,500 para las dificultades como consecuencia de la relocalización.¹⁴⁷



¹⁴⁶ Sands y Peel, 715-716.

¹⁴⁷ Sands y Peel, 720 (cita Concesión de Abril 13 2000, 39 ILM 1214 y 1220 (2000)).



Capítulo V



Remediación

¿Cuál debería ser el objetivo de abordar el incumplimiento de la legislación ambiental? Existen algunas posibilidades no sólo exclusivas del derecho ambiental. Una es castigar al infractor, otra es recompensar a la víctima, reparar o restaurar el medio ambiente a sus condiciones previas, promover el cumplimiento futuro a través de la prevención, y también existe una combinación de las alternativas previas en algunos sistemas. En la práctica, pocas leyes ambientales han incluido el castigo entre sus respuestas al incumplimiento (aunque se observa en el Módulo II la discusión del Acuerdo de Lusaka de 1994 y ciertas leyes nacionales) y aunque el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reconoce la destrucción ambiental como crimen de guerra, establece una expectativa alta en su definición en cuanto al estándar, incluyendo el propósito, conocimiento y la ventaja militar anticipada. En cambio, en práctica, el derecho internacional generalmente busca la prevención en respuesta a las violaciones del derecho ambiental internacional.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Bodansky, 231-232 y Ch 11 fn. 22 (cita Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional Art.8 (2)(b)(iv)).

Los actos ilícitos internacionales de un estado implican la responsabilidad internacional de tal estado. Tal estado está obligado de cesar el acto, ofrecer garantías adecuadas de no repetición, y deben reparar completamente los daños, como se refleja en la jurisprudencia, reafirmaciones e instrumentos ambientales no vinculantes.¹⁴⁹ La responsabilidad surge de las violaciones a las obligaciones de prevenir daños ambientales específicos, de prohibir o evitar causar un daño ambiental significativo, de seguir los requisitos procesales, de proveer el acceso a la información, o de llevar a cabo EIAs.¹⁵⁰

Para alcanzar los objetivos futuros de cumplimiento ambiental hay dos modelos generales de evaluaciones de impacto ambiental que están disponibles. Uno, el modelo de aplicación, busca promover el cumplimiento a través de sanciones (generalmente unilaterales) que incrementan el costo del no cumplimiento. El otro, el modelo de gestión, pretende facilitar el cumplimiento de los subsidios o asistencia técnica, legislación modelo, los requisitos de denuncia que fortalecen a los grupos constituyentes, y el diálogo.¹⁵¹ En este sentido, se considera como el modelo de aplicación puede ser expresado a través de varias formas de remedio en procesos judiciales.

¹⁴⁹ Sands y Peel, 702-704 (cita Artículo 1 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado (2001), Reporte del ILC, UN Doc. A/56/10 (2001); Artículos sobre Responsabilidad del Estado, Arts. 30 y 31; Caso *Fábrica Chorzow*, PCIJ (1928) Ser. A No. 17 at 47; Caso *concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagyamaros*, (1997) ICJ Reportes 226, paras. 149 et seq; Principio 12 de 1978 principios borrador PNUMA; Art. 11 del Grupo CMMAD Principios Legales; y Resolución del Instituto de Droit International, Septiembre 4 1997, 37 ILM 1473 (1998)).

¹⁵⁰ Sands y Peel, 705.

¹⁵¹ Bodansky, 235-238.

5.1 Reparación

La obligación de hacer reparaciones por un acto ilícito internacional se expone en la opinión CPJI del caso de la *Fábrica Chorzow*:

...la reparación debe, lo más posible, eliminar todas las consecuencias de actos ilegales y restablecer la situación que puede, en toda probabilidad, haber existido si el acto no hubiera sido cometido. Una restitución en especie, o si no es posible, el pago de una suma correspondiente al valor que la restitución en especie requiere; la indemnización, si es necesaria, del daño por la pérdida sostenida que no puede ser cubierta por la restitución en especie o el pago en el lugar de la misma....¹⁵²



Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado (2001) requieren una reparación por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito y deben tomar forma de restitución, indemnización y satisfacción. La restitución restaura la situación, siempre y cuando sea posible y sea costo-efectivo. La indemnización debe ser proporcionada por daños que no son sujeto a la restitución por “todo daño susceptible de evaluación financiera” incluyendo la pérdida de ganancias en la medida que sea establecido.” Finalmente, la satisfacción en forma de reconocimiento de la vio-

¹⁵² Sands y Peel, 714-715 y fns. 100-108 (cita *Fábrica Chorzow*, PCIJ (1927) Ser. A No. 17, at 47; Artículos sobre Responsabilidad del Estado (2001), Parte I, Capítulo II, Arts. 34- 37);

lación, expresiones de arrepentimiento o disculpas, si el daño no puede ser reparado por restitución o indemnización. En materia ambiental, es difícil identificar las condiciones fundamentales que pueden ser restituidas y el valor del daño con el fin de una indemnización. Asimismo se tendrá consideración de la viabilidad económica de la restauración.¹⁵³

En casos de derecho común sobre agravios de invasión ambiental (la invasión causada por la introducción de contaminantes en la propiedad de otros), una orden judicial que requiere la eliminación de los contaminantes puede, en ciertas jurisdicciones, estar disponible como remedio sin referencia a la proporcionalidad del costo de la eliminación ya que el remedio para la invasión es la eliminación de la invasión.¹⁵⁴ Varios de los estados de los Estados Unidos permiten una orden judicial para remover la invasión sin relación al costo, mientras que otros no lo permiten.¹⁵⁵ En algunos, se requiere una gran carga de la prueba del defensor para comprobar que las acciones resultantes en el traspaso no eran intencionadas ni negligentes.¹⁵⁶

Un desafío de una corte que ordena la restitución es determinar qué base o que debe ser la condición ambiental que debe ser restaurada. En el caso resuelto por el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall en 2002, el Tribunal aceptó la posición de la OIEA que “las políticas y criterios para la protección radiológica de las poblaciones fuera de los límites nacionales de las emisiones de las sustancias radioactivas deben ser al menos tan estrictas como las de las poblaciones dentro del país emisor”. De tal manera, el Tribunal fundamentó la base que debía

¹⁵³ Sands y Peel, 714-715 y fns. 100-108 (cita Fábrica Chorzow, PCIJ (1927) Ser. A No. 17, at 47; the Artículos sobre Responsabilidad del Estado (2001), Parte I, Capítulo II, Arts. 34- 37);

¹⁵⁴ Roisman y Wolff, 159- 161.

¹⁵⁵ Roisman y Wolff, 167-188.

¹⁵⁶ Roisman y Wolff, 172.

ser alcanzada por la restauración de los Estados Unidos sobre la base de las normas vigentes aplicadas por la Agencia de Protección Ambiental de EE.UU.¹⁵⁷

Después de la invasión ilegal de Irak en Kuwait, una Comisión de Indemnizaciones de la ONU fue establecida en 1991 para evaluar las reclamaciones sobre las reparaciones. El panel que evaluaba las reclamaciones ambientales otorgó una indemnización por dos grupos de afirmaciones hechas por los estados: (1) el daño ambiental y el agotamiento de recursos naturales en la región, incluyendo los que resultan de los incendios de pozos de petróleo y la descarga de hidrocarburos en el océano y (2) los gastos incurridos por los Estados fuera de la región prestando asistencia a los Estados afectados directamente, incluyendo la litigación de los daños por los incendios de los pozos de petróleo y la limpieza y prevención de la contaminación. Los otorgamientos de indemnización excedieron US\$5 billones y cubren varias reclamaciones

(1) los costos de investigación si el daño o agotamiento ambiental de recursos naturales ha ocurrido, los estudios para cuantificar las pérdidas, la evaluación de metodologías para disminuir o mitigar el daño, (2) los costos incurridos o por ser incurridos en el futuro para adoptar las medidas para reducir y prevenir el daño ambiental, limpiar y restaurar el medio ambiente, y monitorear y evaluar el daño ambiental y la salud pública, y (3) una indemnización por el daño o agotamiento de los recursos naturales, incluyendo los recursos de patrimonio cultural.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Sands y Peel, 720 (cita Award of 13 April 2000, 39 ILM 1220 (2000).

¹⁵⁸ Sands y Peel, 720-723.

5.2 Responsabilidad civil

La voluntad de los Estados para imponer responsabilidad civil (hacia actores no estatales) depende de la naturaleza de la actividad. Si bien varios tratados proporcionan reglas para la responsabilidad civil por el daño ambiental, solamente algunos de estos tratados han entrado en vigor. Por lo general, la responsabilidad civil se ha desarrollado en el derecho ambiental internacional en relación con las actividades que se consideran ultrapeligrosas, incluyendo las actividades nucleares y los derrames de petróleo.¹⁵⁹ Las normas de responsabilidad civil también han sido adoptadas por daño causado por las sustancias y residuos peligrosos, organismos vivos modificados, y ciertas actividades peligrosas. Estos regímenes definen las actividades cubiertas, definen el daño cubierto (ya sea a personas, propiedad o medio ambiente), asignan responsabilidades, establecen una legitimación activa de cuidado (usualmente responsabilidad estricta), determinan la cantidad de responsabilidad, proveen las bases para la exoneración, en su caso, e imponen los requisitos de seguridad o financiamiento. También sirven para el reconocimiento internacional y la ejecución de resoluciones judiciales.¹⁶⁰ Los ejemplos de regímenes que se ocupan de la responsabilidad civil internacional en el daño ambiental incluyen los siguientes:

1997 Protocolo de la Convención de Viena de 1963 establece la responsabilidad de un operador por daño nuclear, que constituye la pérdida de vida, daño personal o de propiedad causados por incidentes nucleares. Según enmendada, la Convención no exige que el daño ambiental sea compensado, pero si aplica a otros daños nucleares sufridos en cualquier lugar excepto en el territorio de un país no Parte.¹⁶¹

¹⁵⁹ Ver Sección 4.A.

¹⁶⁰ Sands y Peel, 737-738.

¹⁶¹ Sands y Peel, 737-738.

La responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos se establece en varias convenciones. El Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 establece la responsabilidad del propietario de un buque que ocasione daño en el territorio del actor por contaminación causada por el escape de petróleo del barco.¹⁶² La Convención Oil Bunker de 2001 si cubre el vacío, incluyendo el daño causado por los derrames de combustible de los buques. Se otorga una responsabilidad estricta a los dueños de buques por derrames de combustibles, pero también permite a los Estados a imponer responsabilidad de acuerdo con otros tratados internacionales o nacionales.¹⁶³

El Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por danos resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación cubre los daños a personas y propiedad y la pérdida de ingresos derivados de intereses económicos en el medio ambiente, los costos de las medidas de restauración del medio ambiente afectado y las medidas preventivas. Se impone una carga para cualquier persona que está en control operativo de los residuos de tomar todas las medidas razonables para mitigar el daño causado por el incidente. Proporciona generalmente una estricta responsabilidad, con la responsabilidad por culpa, donde existe una falta de cumplimiento de la Convención o si los daños ocurren a causa de actos u omisiones internacionales, imprudentes o negligentes. La responsabilidad puede ser limitada por incidentes sin culpa por la legislación doméstica. Las reclamaciones pueden ser presentadas ante las cortes donde han ocurrido los daños, incidente o donde reside el defensor. También existen disposiciones para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.¹⁶⁴

¹⁶² Sands y Peel, 745-747.

¹⁶³ Sands y Peel, 755.

¹⁶⁴ Sands y Peel, 757-758.

5.3 Sanciones u otras medidas

Ciertos regímenes jurídicos internacionales permiten que actores perjudicados implementen sanciones o contramedidas. Esto puede ser considerado para compensar la falta de restitución o indemnización, para ser una forma de compensación o una forma de castigo o disuasión. Por ejemplo el sistema de la OMC permite a los estados implementar contramedidas específicas durante continuas violaciones de las normas de la OMC. Bajo el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, se impusieron sanciones en caso de incumplimiento por la oposición de Rusia y su falta de cumplimiento. Además, las decisiones de la Reunión de las Partes de proveer o negar asistencia a través del Fondo Multilateral o al Fondo para el Medio Ambiente Mundial han influido a los comportamientos de cumplimiento de las Partes. El Comité de Aplicación también ha considerado vincular el cumplimiento con los requisitos de reporte para la asignación de fondos y recursos del Fondo Multilateral.¹⁶⁶



¹⁶⁵ Shigeta, 120-122 (citando el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de Ozono, Montreal, 16 Sep. 1987, entró en vigor 1 Enero 1989, adaptado y enmendado).

¹⁶⁶ Shigeta, 131.



6.1 Responsabilidad de adopción de legislación nacional efectiva

Los Estados que han aceptado las obligaciones ambientales internacionales deben tomar medidas para su aplicación nacional mediante la implementación de la legislación y los programas administrativos, y algunos tratados incorporan requisitos para lograrlo. Generalmente las obligaciones de los tratados que no han sido implementadas en las leyes nacionales son difíciles de cumplir, con la excepción de la legislación UE, que es directamente aplicable ante las cortes nacionales, siempre y cuando sea clara e incondicional.¹⁶⁷ El deber de adoptar una legislación nacional efectiva y la aplicación de cumplir las obligaciones internacionales se reconoce en el Principio 11 de Río, pero está clasificado por la “doctrina de responsabilidades comunes pero diferenciadas”, que permite estándares diferentes para países desarrollados y en desarrollo. También, ahora la capacitación a nivel nacional está reflejada en los sistemas de los tratados como un elemento importante de legislación nacional efectiva. Por ejemplo, el Convenio de Aarhus establece que “cada Parte debe adoptar las medidas necesarias legislativas, reglamentarias, u otras... así como las medias apropiadas de aplicación para esta-

¹⁶⁷ Sands y Peel, 138-139.

blecer y mantener un marco claro, transparente y coherente para implementar las disposiciones del Convenio.¹⁶⁸ Por otra parte, es importante tomar en cuenta que en los acuerdos comerciales, los países también han reconocido su responsabilidad de establecer y mantener altos niveles de protección ambiental.

La Declaración de Río, en su Principio 13, establece que:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción....¹⁶⁹



Este principio se remite a las leyes nacionales como una forma de evitar imponer costos excesivos al establecer un estado de derecho internacional.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Nanda y Pring, 66-67 y fns. 230 y 232.

¹⁶⁹ Sands y Peel, 701.

¹⁷⁰ Sands y Peel, 701.

6.2 Aplicación, cumplimiento e implementación de sentencias

6.2.1 Sentencias nacionales

En este contexto, el papel de la Judicatura es sumamente complejo y vital para implementar compensaciones eficaces y evitar nuevos daños al medio ambiente. Especialmente en aquellos casos donde el daño ambiental ya ha ocurrido, la intervención del juez tiene un alcance más amplio sobre su aplicabilidad, que debe incluir una fuerte interacción con otras áreas con el fin de incluir todas las variables posibles para las restauraciones que deben llevarse a cabo, que a menudo incluyen un enfoque interinstitucional.

Este enfoque intersectorial es extremadamente relevante en vista de los desafíos que enfrentan los países de las Américas sobre la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental. Con el fin de ser aplicable, las decisiones judiciales deben tomar en consideración el contexto y la realidad bajo cual deben ser implementadas, así como el marco institucional que será responsable de dicha aplicación.

El poder judicial en las Américas ha intervenido recientemente, más allá de la reparación y la restauración como un acto único que puede ser solicitado, mediante la incorporación de una serie de mecanismos dentro de las decisiones que trascienden la propia decisión, haciendo un llamado a la acción de los gobiernos y otras instituciones, así como el sector privado. (Ver “MENDOZA, Beatriz Silvia”, más conocido como el caso de contaminación del Río Matanza Riachuelo (Corte Suprema de Justicia de la Argentina).

Algunos de estos mecanismos incluyen aquellos relacionados con el establecimiento de la estructura necesaria para el cumpli-

miento o la definición de un proceso de seguimiento y monitoreo para la ejecución. El uso de estos mecanismos no debe interpretarse como sobrepasar los límites de la separación de poderes, más bien como la medida que el poder judicial puede ejercer para apoyar el estado de derecho y garantizar el cumplimiento y la eficacia de una medida judicial para proteger el medio ambiente.¹⁷¹

El desafío de la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental se extiende a la ejecución de resoluciones nacionales. La falta de aplicación en las decisiones judiciales ha sido documentada a nivel nacional, inclusive mediante el uso de las facultades del Congreso para promover la aplicación. En este contexto, el uso de los mecanismos mencionados con una decisión judicial para la promoción y ejecución de la aplicación y el cumplimiento debe ser considerada como parte de las tareas de los jueces para prevenir y reparar los daños ambientales. Una extensión del principio precautorio y del Principio 13 de la Declaración de Río.

6.2.2 Solución de controversias internacionales

En cuanto a la ejecución de las sentencias internacionales, es importante mencionar que raramente existe un mecanismo de aplicación codificado en los procedimientos de solución de controversias internacionales. Más bien, los juicios imponen una carga de reputación en el Estado responsable. Si el Estado responsable no cumple con las medidas correctivas impuestas, el Estado reclamante puede buscar medidas alternativas de ayuda propia, como se describe anteriormente.¹⁷² Como no existe una función ejecutiva en el derecho internacional, es extremadamen-

¹⁷¹ Nestor, "Sentencia Colectiva ambiental en el caso Riachuelo" J.A. Fascículo 8, 2008, III, p. 68 Buenos Aires, 20 de Agosto del 2008.

¹⁷² Bodansky, 246.

te importante monitorear la implementación de las partes de las sentencias.¹⁷³

Como mencionado anteriormente, otra respuesta a la falta de cumplimiento del derecho ambiental ya sea de primer orden (una violación de reglas activas) o segunda orden (no cumplimiento con una orden judicial de remedio en un caso de primera orden de incumplimiento) es tomar un enfoque administrativo. En este enfoque el poder judicial puede desempeñar un papel de investigar las causas de no cumplimiento, manifestar o modificar reglas a seguir, establecer objetivos intermedios y un plan para alcanzarlos, recolectar y diseminar información que los actores relevantes pueden necesitar con a fin de cumplir, y monitorear el cumplimiento. Cada uno de estos pasos puede ser tomado como un precursor a otros tipos de remedio como se describe anteriormente en la sección 5, o en respuesta a un incumplimiento de segunda orden.¹⁷⁴

Por contrario, el Tribunal de Justicia Europeo (TJE), institución judicial de la UE, tiene jurisdicción directa sobre los casos de derecho ambiental a través de procesos contenciosos, caracterizados por control procesal "duro" por lo que se contempla que algún Estado miembro desafíe juicios del TJE. Los procedimientos de infracción están filtrados, sin embargo, a través del procedimiento administrativo de litigación previa de la Comisión Europea; se aplica presión al razonamiento jurídico y persuasión para motivar solución y cumplimiento sin la necesidad de un procedimiento completo en el Tribunal.¹⁷⁵

Las decisiones del TJE son legalmente vinculantes y los juicios pecuniarios contra individuos son aplicables bajo las leyes nacio-

¹⁷³ Shigeta, 185.

¹⁷⁴ Shigeta, 31-32.

¹⁷⁵ Shigeta, 161-162.

nales de los Estados miembros. La TJCE también puede imponer una suma o multa coercitiva como pago a un Estado miembro que no está cumpliendo con sentencias previas, aunque los pagos de multa impuestos en los Estados miembros no son aplicables bajo leyes nacionales (a pesar que ha habido, si no perfecto, a veces retrasado, cumplimiento por los Estados miembros con pagos de multa). El cumplimiento en general por todas las partes sujetas a juicios de infracción ha sido entre 80% y 90%. Esto puede ser, en parte debido a la aplicación nacional de las decisiones del TJE y los esfuerzos de gestión de la Comisión y otras entidades después que se emite un juicio.¹⁷⁶

El TJE tiene ciertos mecanismos únicos de manejo de gestión para promover el cumplimiento de segunda orden, en particular:

- (1) La Parte de una sentencia notifica a un órgano de vigilancia sobre su juicio del plan de implementación;
- (2) En la ausencia de dicha notificación dentro de un cierto plazo, se el órgano de vigilancia contacta a la Parte y comprueba el Plan;
- (3) El órgano de vigilancia supervisa la aplicación del Plan por la Parte;
- (4) En caso de (o duda de) falta de implementación, el órgano de vigilancia sostiene conversaciones con la Parte para llegar a una solución amistosa;
- (5) Si no existe solución amistosa, el órgano de vigilancia lleva el asunto a la justicia internacional; y
- (6) Los individuos y las organizaciones no gubernamentales (ONGs) son capaces de presentar una queja por la falta de implementación al órgano de vigilancia.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Shigeta, 163-165 y 346 (referencia Art. 244 EC; Art. 256 EC, y Art. 228(2) EC).

¹⁷⁷ Shigeta, 185 y fn. 455.

El pago adecuado de una multa fue establecido por el TJE en el caso *Primero de Pena de Pago*, “a luz de la naturaleza continua de incumplimientos de las obligaciones.” Los requisitos para lograr la aplicación a través de pagos de penalidad establecidos en el caso son:

- (1) circunstancias apropiadas, (2) proporcionalidad entre la infracción y la capacidad de pago del Estado miembro, y (3) adaptabilidad al grado de urgencia del Estado miembro para cumplir sus obligaciones.

El criterio básico para establecer una penalidad incluye

- (a) duración de la infracción, (b) gravedad de la infracción, y (c) capacidad de pagar del Estado miembro. Otras consideraciones son (i) los efectos de la falta de cumplimiento sobre los intereses públicos u privados y (ii) la urgencia de obtener el cumplimiento de un Estado miembro.¹⁷⁸

Otro tipo de reglamentos de cumplimiento incluyen el procedimiento de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, cual es considerado procesalmente “difícil” ya que posee elementos no consensuales y de confrontación. Las quejas presentadas de incumplimiento por los miembros por parte de algún otro miembro requieren la constitución de un panel arbitral para preparar un informe que recomiende un fallo al Órgano

¹⁷⁸ Shigeta, 185 y fn. 455.

de Solución de Diferencias (OSD) que está compuesto por un representante de los miembros de la OMC. Tales informes (de apelación ausente) así como los informes emitidos por el Órgano de Apelación se adoptan de manera casi automática, al menos que él OSD decida por consenso no adoptarlos. Existen procedimientos para establecer límites de tiempo fijos de cumplimiento, y la falta de cumplimiento en los plazos de tiempo límite puede llevar al OSD suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones respecto al miembro que no cumple. Las controversias, si las sentencias han sido implementadas también son manejadas por los grupos especiales y el Órgano de Apelación.¹⁷⁹

En este contexto es pertinente también revisar el cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde 1979, se han emitido decisiones importantes contra los Estados miembros en relación con el incumplimiento de sus obligaciones a la protección de los derechos humanos. Recientemente, estas resoluciones incluyen “el derecho a un medio ambiente sano” cual a menudo involucra, como visto previamente, el acceso y la protección de los territorios y los derechos colectivos de las comunidades indígenas.¹⁸⁰ En casos excepcionales, la Corte puede otorgar medidas cautelares contra los Estados Miembros para proteger aquellas personas afectadas por una acción u omisión del Estado, y la Corte, en seguimiento a la investigación de quejas e informes de los grupos afectados, puede producir una serie de recomendaciones formales que deben ser implementadas inmediatamente por el Estado acusado. Sin embargo, la eficacia de este procedimiento ha sido desafiada recientemente por los países que citan los derechos de soberanía

¹⁷⁹ Shigeta, 190-191 y fn. 482 (citando DSU Art. 16(4) y tomar nota que el OSD no adoptó el informe del panel de *Bananas III*, al no ponerlo en el orden del día del OSD).

¹⁸⁰ *The Mayagna (Sumo) Awast Tzuc Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001), *Sarayacu Community v. Ecuador* June, 27 2012

y libre determinación en esos casos relacionados a políticas estatales y medidas gubernamentales, lo cual ha llevado a la falta de cumplimiento con las resoluciones de la Corte por algunos Estados.

6.3 Rendición de cuentas

Consistente con el principio de proporcionar el acceso a la información, muchos acuerdos ambientales requieren a las partes reportar cierta información a una organización internacional, incluyendo estadísticas relativas a la producción y el comercio, información de flujos y emisiones, la expedición de permisos, la adopción de medidas de implementación, las decisiones tomadas por autoridades nacionales, las violaciones y datos científicos.¹⁸¹

Auto-informar es la forma más común de evaluar la aplicación de cumplimiento de un Estado con las obligaciones jurídicas internacionales. El auto-informe se centra en las medidas adoptadas para aplicar los compromisos internacionales, que pueden incluir la promulgación y aplicación de legislación. El auto-informe puede facilitar procesos participativos nacionales en algunos estados, y puede proporcionar oportunidades para los organismos internacionales de ejercer presión moral los organismos.¹⁸² Dado el potencial de un estado de reportar erróneamente, otras fuentes también pueden participar en la presentación de informes, como observadores internacionales, expertos independientes, empresas que se dedican a una industria regulada y las organizaciones no gubernamentales.¹⁸³ Un ejemplo que ilustra esta teoría,

¹⁸¹ Sands y Peel, 143.

¹⁸² Bodansky, 239.

¹⁸³ Bodansky, 240-242.

establecido previamente en el Modulo II, es la auto-presentación de informes periódicos requeridos en virtud del Protocolo de San Salvador, del cual los países informan sobre las medidas tomadas hacia la realización del derecho a un medio ambiente sano y la forma que se ha incorporado en la estructura del Estado. En el marco del Protocolo de San Salvador, los países deben informar sobre el porcentaje de zonas afectadas por la degradación ambiental, el porcentaje total del territorio establecido como áreas protegidas, el porcentaje de cobertura forestal y el grado de erosión y degradación de suelo.

El poder judicial también puede utilizar los requisitos de información para promover la aplicación de resoluciones ya sea sobre una base ad-hoc o a través de monitoreo continuo, como en los ejemplos del procedimiento de incumplimiento del Protocolo de Montreal y el Tribunal de Justicia Europeo. Este seguimiento de monitoreo puede incorporar :

(1) informes de progreso requeridos,

(2) revisión de los informes de progreso por un órgano de control,

(3) si un informe de progreso es insuficiente, se sigue con una consulta con la parte y por la aplicación por el órgano de control de la judicatura.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Shigeta, 349.



1. Agoglia, María M.; Boragina, Juan Carlos and Meza, Jorge A.: "LA LESIÓN AL MEDIO AMBIENTE Y EL ACCESO A LA JUSTICIA", JA, 80 Aniversario, año 1999.
2. Andrade, Danielle E.; Excell, Carole and Gonzalez, Candy: CITIZEN ENFORCEMENT OF PROCEDURAL RIGHTS IN THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT PROCESS IN BELIZE AND JAMAICA.
3. Arazi, Roland: "EL DERECHO PROCESAL AMBIENTAL", p. 39, en Revista de Derecho de Daños, "Daño Ambiental", 2008-3, Rubinzal Culzoni.
4. Banisar, David; Parmar, Sejal; de Silva, Lalanth and Excell, Carole: MOVING FROM PRINCIPLES TO RIGHTS: RIO 2012 AND ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION, AND JUSTICE, Sustainable Development Law and Policy, Volume 12, No. 3, p. 8 (2012).
5. Bodansky, Daniel: THE ART AND CRAFT OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW 225-251 (2010).
6. Hall, Margaux J.: ADVANCING CLIMATE JUSTICE AND THE RIGHT TO HEALTH THROUGH PROCEDURAL RIGHTS, Health and Human Rights Journal Number 1 Volume 16, p. 8 (June 2014).
7. Jucovsky, Vera Lucía R. S.: MEIOS DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE, AÇÃO POPULAR E PARTICIPAÇÃO PÚBLICA, Revista de Direito Ambiental, Año 5 – N° 17, enero – marzo 2000, Revista Dos Tribunais, Instituto O Directo por um Planeta Verde, p. 65.

8. McClellan, Hon. Justice Peter: NEW METHOD WITH EXPERTS—CONCURRENT EVIDENCE, *Journal of Court Innovation* 3:1, 261- 268 (2010).
9. Nanda, Ved P. and Pring, George (Rock): INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY FOR THE 21ST CENTURY 47–68 (2013).
10. THE RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1992).
11. Roisman, Anthony Z. and Wolff, Alexander: TRESPASS BY POLLUTION: REMEDY BY MANDATORY INJUNCTION, 21 *Fordham Envtl. L. Rev.* 157 (2010).
12. Sands, Philippe and Peel, Jacqueline: PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW 144-158, 601–664, 700-765 (3d ed., 2012).
13. Shigeta, Yasuhiro: INTERNATIONAL JUDICIAL CONTROL OF ENVIRONMENTAL PROTECTION 329-350 (2010).
14. Zander, Joakim: THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN PRACTICE: COMPARATIVE DIMENSIONS (2010).



Diseño vitral escultural “A mão de Deus” elaborado en 1994 por la artista plástica Brasileña Marianne Peretti para la sala del pleno del Superior Tribunal de Justicia de Brazil (STJ) como complemento al conjunto arquitectónico diseñado por los arquitectos Oscar Niemeyer y Hermano Montenegro. Simbolizando la mano que imparte justicia, la Paloma de la paz y la justicia con ojo abierto para los vulnerables (incluida la naturaleza), quienes más la necesitan.

Inscripción: Proyecto de un vitral de escultura de 36 m2 para la sala del pleno del STJ. La mano tienen varios relieves siendo el más sobresaliente el ojo. Las piezas reciben luz por detrás y lateralmente, los vidrios multicolores son alemanes.

Fuente: Ficha Catalográfica Exposición Memoria STJ



OEA

Más derechos
para más gente