



Aspectos sustantivos del derecho ambiental

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



Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental

Módulo III:
aspectos sustantivos del derecho ambiental



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-DELIC.

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.

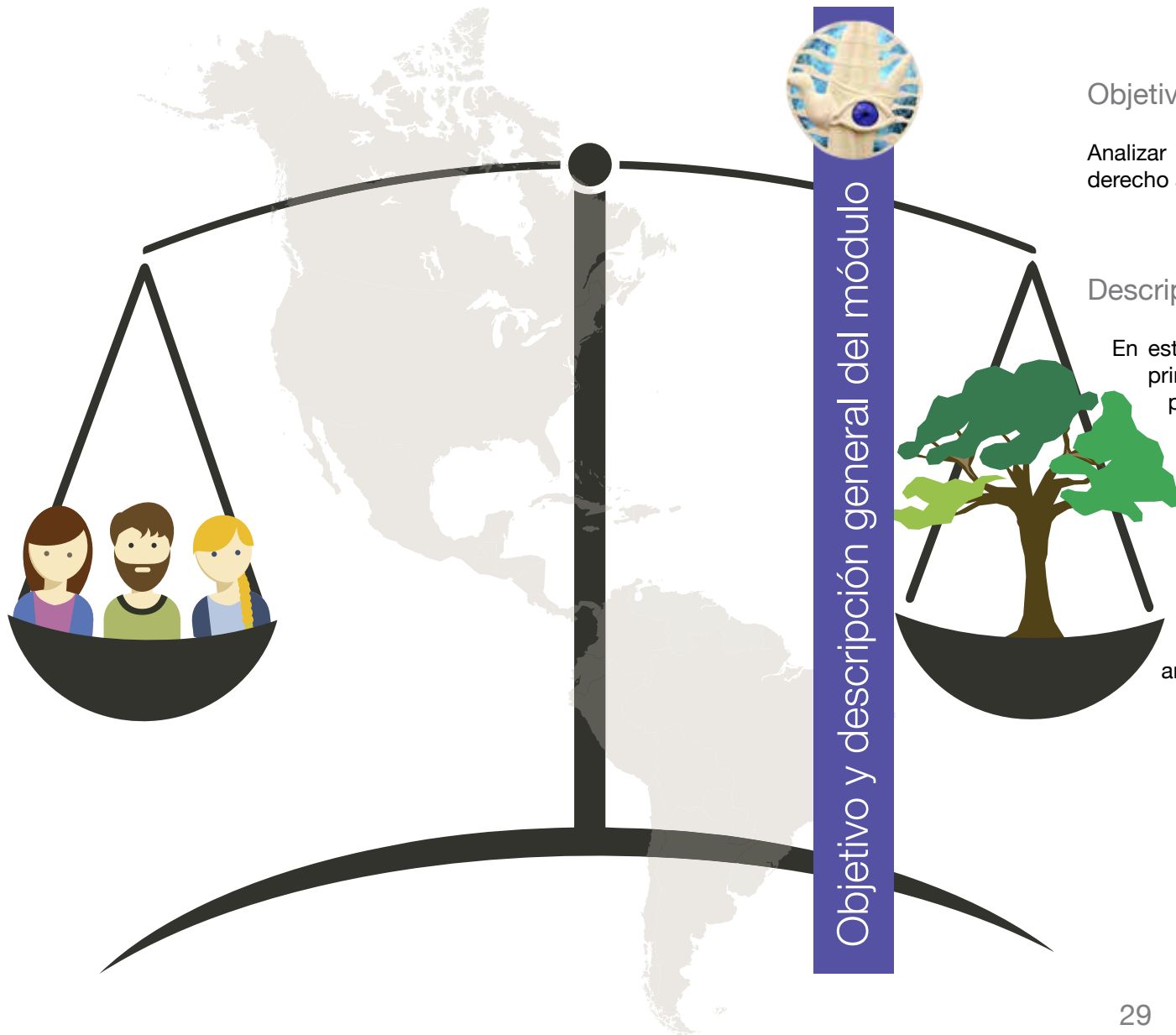


Se agradece el apoyo financiero recibido para esta iniciativa del Gobierno de la República Popular de China



Prólogo	7
Prefacios	11
Agradecimientos y lista de autores colaboradores	21
Objetivo y descripción general del modulo	29
Capítulo I: Recursos Naturales, Medio Ambiente y Ecología	31
1.1 Agua	31
1.2 Aire	37
1.3 Océanos y Medio Ambiente Marínol	40
1.4 Bosques	45
1.5 Biodiversidad	49
1.6 Patrimonio Cultural	60
Capítulo II: Temas Sectoriales	61
2.1 Agricultura	61
2.2 Control de la contaminación y gestión de químicos	64
2.3 Cambio Climático	70

2.4 Derecho Ambiental Urbano	75
2.5 Industria y Medio Ambiente	77
2.6 Minería e hidrocarburos	79
2.7 Comercio y Medio Ambiente	84
Capítulo III: Responsabilidad Civil	87
3.1 Responsabilidad del Estado	87
3.2 Diversas clases de responsabilidad ambiental (administrativa, civil y penal)	90
Capítulo IV: Daño Ambiental	95
4.1 Categorías del daño ambiental (individual y colectivo)	95
4.2 Riesgo	99
4.3 Degradación	101
4.4 Atribución, imputabilidad y causalidad	103
4.5 Responsabilidad emergente por daño ambiental	105
4.6 Prescripción	107
Lecturas obligatorias	109



Objetivo y descripción general del módulo

Objetivo

Analizar los principios básicos del derecho ambiental

Descripción general

En este módulo se discutirán los principios básicos abordados por los derechos ambientales desde una perspectiva amplia. En particular, se estudiarán las cuestiones relacionadas con los recursos naturales y ciertos temas sectoriales de la economía, y las dimensiones jurídicas de la responsabilidad civil y los daños ambientales.



Capítulo I



Recursos Naturales, Medio Ambiente y Ecología

Este capítulo busca que los jueces de varias jurisdicciones en el ámbito nacional tengan un mayor entendimiento de como interpretar y aplicar una gama de aspectos sustantivos del derecho ambiental que serán analizados en los capítulos que siguen.

1.1 Agua

El agua es esencial para la vida y cubre aproximadamente el 70% de la superficie terrestre.⁸ El agua dulce es solo el 2.7% del agua del planeta, y su demanda va en aumento a la par del incremento poblacional y de la actividad económica. La disponibilidad global del agua se ve cada vez más constreñida por la presión en los recursos hídricos derivada del desarrollo económico, los cambios en los patrones sociales de consumo, en el uso del suelo y en la contaminación de los asentamientos humanos, la industria y la agricultura.⁹

Al establecer el marco para la política hídrica de la Unión Europea, el Parlamento Europeo reconoció que el “agua no es un bien o producto comercial como cualquier otro, sino un legado que debe ser protegido, defendido y tratado como tal”.¹⁰ La Comisión de

⁸ Kiss and Shelton, Capítulo 7. Fuente utilizada en gran medida en esta sección.

⁹ Kiss and Shelton, Capítulo 7.1.

¹⁰ Preámbulo al Marco Hídrico de la Directiva de la Unión Europea (2000) disponible: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TX-T/?uri=CELEX:32000L0060>.

Asuntos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ECOSOC) determina que el agua debe ser tratada como bien social y cultural y no primordialmente como un bien económico.¹¹ Conforme a algunas personas, pensar en el agua como un bien económico “es ética, ambiental y socialmente equivocado”, ya que “asegura que las decisiones relativas a la distribución del agua se enfoquen en consideraciones comerciales, dejando a un lado consideraciones ambientales, sociales y de derechos humanos que son fundamentales”.¹² Otras personas argumentan que tratar el agua como un bien económico incide en lograr operadores eficientes y que respondan a las necesidades y demandas sociales.¹³ El economista hídrico, David Zetland ha señalado que el agua puede ser ambos un bien público y privado, y debería ser regulado como tal, dependiendo de la forma en que sea utilizada.¹⁴ Por un lado, el agua para uso personal puede ser considerada propiedad privada y en este contexto puede estar regulada por el mercado como cualquier otro bien económico, como por ejemplo el agua embotellada. Por otro lado las cataratas, los glaciares y los océanos son considerados bienes públicos cuyos usos individuales no pueden depravar a otras personas de gozar los mismos beneficios.

¹¹ Comisión de Asuntos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ECOSOC): Comentario No. 15 sobre el Derecho al Agua, (Arts. 11 y 12), párrafo 11, página 4 (Enero 20, 2003) disponible: <http://www.refworld.org/docid/4538838d11.html>.

¹² See Hemantha Withanage, Water; An Economic Good or a Public Good, Environmental Foundation Ltd. & Friends of the Earth Sri Lanka. (Sept. 2, 2010) available at <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CCcQFjAAahUKEwiP-tYeJv93GAhUFGT4KHWgDALE&url=https%3A%2F%2Fwww.elaw.org%2Fsystem%2Ffiles%2Fsrilanka.water%2Ba%2Bpublic%2Bgood.doc&ei=viGmVY-nK4Wy-AHohoCICw&usq=AFQjCNGM9fnv7lqMPk2TviCg0ve-FHcWzNQ&bvm=bv.97653015,d.cWw>.

¹³ Lakis Polycarpou, What is the Benefit of Privatizing Water? Columbia University Earth Institute, State of the Planet, disponible: <http://blogs.ei.columbia.edu/2010/09/02/what-is-the-benefit-of-privatizing-water/>.

¹⁴ Lakis Polycarpou, What is the Benefit of Privatizing Water? Columbia University Earth Institute, State of the Planet, disponible: <http://blogs.ei.columbia.edu/2010/09/02/what-is-the-benefit-of-privatizing-water/>.

Por lo general, la legislación del agua tiene el objetivo de restaurar y mantener la integridad química, física y biológica de las aguas continentales y marinas. Puede regular la descarga de contaminantes, actividades que afectan a los humedales, derrames accidentales, y el uso y la disposición de desechos. En las jurisdicciones con sistemas regulatorios en materia de agua, típicamente pueden iniciarse acciones para hacer cumplir el marco regulatorio y penalizar el incumplimiento. Además de la fiscalización por parte del gobierno, algunos sistemas permiten acciones ciudadanas. En los sistemas de derecho común “common law” a menudo se presentan acciones por inconveniencia (“nuisance”), negligencia o acciones de responsabilidad objetiva cuando la contaminación del agua resulta en daño.

Algunos ejemplos de marcos regulatorios del agua en el mundo¹⁵

Brasil - El Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos está autorizado para arbitrar conflictos relacionados con los recursos hídricos en el ámbito administrativo. Los Comités de Cuenca están autorizados para la primera instancia del recurso administrativo sobre conflictos relacionados con los recursos hídricos y sus decisiones se pueden apelar al Estado correspondiente o Consejo Nacional de Recursos Hídricos.

China - El Departamento de Administración del Agua del Consejo de Estado emite licencias para asignar el derecho de extraer y utilizar agua. El Departamento de Administración de Agua y la organización administrativa de las cuencas hidrográficas tienen la autoridad para supervisar e inspeccionar el uso del agua y para investigar y procesar violaciones de la Ley de Aguas. Las disputas entre individuos u organizaciones en torno al agua deben ser resueltas a través de consultas.

¹⁵ Ejemplos de los Marcos Regulatorios para la Gestión de Recursos Hídricos, un Estudio Comparativo del Banco Mundial, (2006) disponible: <https://www.openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7054/362160rev0Regulatory0water01PUBLIC1.pdf?sequence=1>.

Costa Rica - El Ministerio del Interior regula la infraestructura del agua, y los inspectores del Servicio Nacional de Electricidad están encargados de dirimir las disputas sobre licencias sus decisiones pueden ser recurridas ante el Servicio Nacional de Electricidad y en última instancia en los tribunales de Costa Rica.

Sudáfrica - La Ley de Aguas Nacionales faculta al Ministro de Asuntos Hídricos y Forestales a regular el uso del agua y requiere al Ministro establecer un sistema nacional de vigilancia de los recursos hídricos para hacer cumplir las regulaciones de agua. La Ley también crea un Tribunal de las Aguas para resolver disputas entre individuos y la agencia regulatoria.

Si bien la consideración judicial de los problemas del agua se deriva principalmente de las leyes nacionales, reglamentos y decisiones de derecho común, una serie de tratados y declaraciones internacionales abordan los problemas del agua. Por ejemplo, la regulación del agua a nivel internacional es especialmente importante cuando las aguas terrestres están divididas por fronteras internacionales. Los ríos pueden constituir la frontera entre dos países, atravesar la frontera, o incluso combinar ambas características, como es el caso del Danubio, el Rin y el Río Grande. Inicialmente, la cooperación internacional sobre los ríos y lagos principalmente involucraba la utilización de los cauces para fines específicos o gestión de riesgos. Los problemas particulares de la contaminación del agua eran abordados cuando las actividades perjudiciales se originaban en países vecinos, aplicando los precedentes y las normas sobre contaminación transfronteriza.

El desarrollo del derecho internacional ambiental ha llevado a la adopción de normas y principios que rigen la conducta de los Estados en relación con la conservación y utilización de los recursos naturales compartidos por dos o más estados. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997, que entró en vigor en 2014, y es considerada por algunos Estados no miembros de la OEA como parte del dere-

cho internacional consuetudinario vinculante para todos los Estados, incluso antes de entrar en vigor, que incluye las obligaciones de utilizar los recursos hídricos internacionales compartidos de manera equitativa, y un deber para evitar daños a otros Estados.¹⁶

La legislación nacional de agua en algunas jurisdicciones incluye el derecho al agua, en la mayoría, sin embargo, se contempla un sistema de regulación sofisticado de gestión del agua. Tanto las Naciones Unidas como la OEA han reconocido el derecho al agua por resolución en 201¹⁷ y 2012¹⁸, respectivamente. El derecho al agua está reconocido explícitamente por ciertas constituciones nacionales en las Américas (Uruguay, artículo 47; Bolivia, artículo 16 y 20; Colombia, artículo 366; Ecuador, artículo 12; México, artículo 4) o está protegido indirectamente mediante su inclusión en el derecho a la alimentación y la salud (India, Pakistán, Bangladesh). Los elementos del derecho al agua incluyen la disponibilidad, calidad y accesibilidad.¹⁹ En la mayoría de las jurisdicciones, los regímenes reguladores de agua generalmente se basan en la prevención, precaución y remediación en la fuente, así como el principio de “quien contamina paga”. Los Estados usan instrumentos de regulación, tales como los objetivos de calidad del agua (a través de los cuales se prohíben las actividades que causan que la calidad del agua de un curso de agua caigan bajo un cierto nivel) y normas de descarga (a través de las cuales se prohíbe la emisión de contaminantes en un curso de agua más allá de los niveles establecidos).²⁰ La mayoría de las agencias encargadas de la aplicación y cumplimiento cuentan con autoridad para imponer sanciones administrativas, ordenes de suscripción e iniciar acciones judiciales civiles. Como norma general, la ma-

¹⁶ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 18.

¹⁷ Resolución 64/292, “El Derecho Humano al Agua y el Saneamiento”

¹⁸ AG/RES. 2760 (XLII-O/12) “El Derecho Humano al Agua Potable y el Saneamiento”

¹⁹ ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Comentario General No. 15 sobre el Derecho al Agua, (Arts. 11 y 12 del pacto), párrafo 11, página 4 (Enero 20, 2003) disponible: <http://www.refworld.org/docid/4538838d11.html>.

²⁰ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 18.

yoría de las jurisdicciones requieren permisos previos para los vertidos en las fuentes de agua con la estricta responsabilidad para aquellos que no buscan permisos.

Los recursos de agua subterránea son normalmente objeto de una protección especial, se da prioridad a su uso para el consumo humano.²¹ La contaminación de las aguas subterráneas puede ser causada por los vertidos directos, o por la percolación indirecta de contaminantes a través del suelo o del subsuelo. En este sentido, las actividades agrícolas, incluyendo el uso de fertilizantes o pesticidas, y el vertimiento de basuras u otros residuos que contienen sustancias contaminantes juegan un papel muy importante. Las leyes para proteger las aguas subterráneas, cuyo deterioro es difícil de revertir, a menudo toman en cuenta estos factores mencionados.

Un tema emergente en discusión es la situación jurídica de los derechos de propiedad sobre el agua (haciéndolo efectivamente un 'commodity' de propiedad individual) que varía entre jurisdicciones. Algunos Estados están experimentando cada vez más con la privatización de las funciones de gestión del agua, anteriormente ocupadas por dominio público, para atraer inversión en la infraestructura. En el otro extremo del espectro, en jurisdicciones tales como España y Grecia, las aguas en la superficie y subterráneas están bajo dominio público. Esto significa que el gobierno tiene la autoridad para otorgar derechos al uso del agua – por encima del dueño de la propiedad, sujeto a los términos y condiciones, incluyendo la modificación o revocación de los derechos por parte del gobierno en dadas circunstancias. En el caso de que existan previamente los derechos de agua, el gobierno puede tratar de hacer valer su papel como dueño o encargado del recurso y regular sus usos en nombre del público, y puede expropiar, y con ellos, compensar a la parte afectada.

²¹ Ver: UNESCO/OEA, Marco Legal e Institucional de la Gestión de Sistemas Acuáticos Transfronterizos en las Américas, (2008) ISARM Américas Series No 2..

1.2 Aire



La contaminación del aire se ha definido como la introducción por el hombre, directa o indirecta, de sustancias o energía en el aire, dando como resultado una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañando los recursos y los ecosistemas y la propiedad, y deteriorando o dificultando los servicios y otros usos legítimos del medio ambiente. La introducción de contaminantes en la atmósfera crea múltiples efectos porque el aire es esencialmente un medio, un lugar de paso: los gases o partículas permanecen temporalmente allí y se manifiestan muchos de sus impactos sólo después de regresar a la tierra, las plantas, las aguas marinas, lagos o ríos. El aire contaminado también causa un daño directo a los organismos y objetos.²²

Existen pocas reglas globales que establecen las normas de calidad del aire o contaminación por emisiones a un nivel amplio. Las primeras reglas internacionales vinculantes en materia de contaminación atmosférica global se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS) de 1982.²³ De acuerdo al Artículo 212, los Estados deben adoptar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella. Los Estados también deben tomar otras medidas que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación. Al nivel internacional, procurarán establecer, en los planos mundial y regional, reglas y estándares. Dentro de los límites de sus jurisdicciones, deben cumplir las leyes y normativas que se adopten. Existen avances significativos en el control de la contaminación del aire a nivel regional. La Convención sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia, adoptada el 13 de

²² Kiss y Shelton, Capítulo 8.

²³ Kiss y Shelton, Capítulo 8.

noviembre de 1979, es un convenio marco abierto a todos los Estados europeos, los EE.UU. y Canadá. La obligación general de los Estados firmantes es proteger los seres humanos y el medio ambiente contra la contaminación del aire, y tratar de limitar y, en la medida de lo posible, poco a poco reducir y prevenir la contaminación del aire por completo. Aunque algunos países han criticado la Convención por ser “débil”, se considera que tiene resultados – el cumplimiento de los Estados Miembros con sus obligaciones es, de hecho, monitoreado por un Comité de Aplicación que se estableció en 1997.²⁴

Algunos países de la región están adoptando el Registro de emisiones y transferencia de contaminantes (RETC) como un elemento de compromisos de cooperación ambiental en relación con los tratados de libre comercio (ALC). Tras los esfuerzos en el contexto del TLCAN para recopilar, integrar, analizar y difundir datos obtenidos y reportados a nivel nacional, a través del informe y base de datos, Chile y Costa Rica han adoptado los RETC nacionales en el contexto de la cooperación relacionada con el comercio con Estados Unidos y Canadá. Otros países, como Ecuador, Panamá y Guatemala están trabajando en enfoques experimentales. Mientras persisten las preocupaciones respecto a las diferencias en el número de sustancias y tipos de industrias que se registran en los países desarrollados vis-à-vis como en desarrollo, estos esfuerzos contribuyen al fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas a nivel nacional y también permiten la aplicación de la legislación ambiental más eficaz. Todos estos instrumentos e iniciativas se han desarrollado y forman un sistema de protección del medio ambiente que se relaciona directamente con la promoción de los derechos ambientales en el Sistema Interamericano.²⁵

²⁴ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 8.

²⁵ 2015. de Windt y Orellana, Capítulo 4: 4.3.2 Adopción de los PRTRs en el contexto de la cooperación RTA. Introduction to environmental law in the Americas. Regional Environmental Law. Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development.

A nivel nacional, los marcos regulatorios que se aplican por los diferentes Estados para combatir la contaminación del aire varían considerablemente de un país a otro en función de las condiciones locales de la geografía, el clima, la industrialización, la urbanización y otras fuentes potenciales de los daños. Se presta especial atención en los controles de emisión o en el establecimiento de normas de calidad del aire, en la mejora de las zonas particularmente contaminadas o aquellas que exigen una protección especial, de acuerdo a prioridad de contaminación local, o sobre los efectos a medio y largo plazo. La ejecución de los tratados internacionales puede tener una gran influencia sobre el contenido real de la legislación nacional.

Una de las técnicas legislativas más comunes para combatir la contaminación del aire consiste en presentar las actividades que causen contaminación a una autorización previa. Los regímenes existentes de licencias han jugado un gran papel en la prevención de la contaminación del aire. Las regulaciones sobre concesión de licencias generalmente enumeran los tipos de actividades que requieran una licencia, aunque existe variación en los criterios de la clasificación, tales como el tamaño de la instalación, la naturaleza y la calidad de las emisiones y su efecto sobre el medio ambiente, la viabilidad de la prevención de la contaminación mediante el uso de un proceso de producción alternativo y el probable riesgo de un accidente grave.

Muchos Estados han promulgado normas y regulaciones detalladas para limitar las emisiones de contaminantes. Tales pueden referirse a una amplia serie de contaminantes, como los gases de azufre, partículas y polvo, óxido de nitrógeno, cloruro de vinilo, metales pesados (zinc, arsénico, plomo, mercurio y sus compuestos, cadmio, berilio y fluoruro y sus compuestos). Las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales, tales como los mencionados anteriormente, tienen una influencia cada vez mayor en este campo. Al menos un régimen de regulación detallada (la Ley de Aire Limpio de EE.UU.) incluso ofrece a los ciudadanos una am-

plia autoridad para impugnar las decisiones finales del gobierno de aplicar sus normas de aire limpio, y para iniciar una acción judicial cuando el gobierno no ha podido realizar tareas no discrecionales relacionadas con la regulación de la contaminación del aire. De relevancia a los procesos judiciales, no sólo es el cumplimiento de la regulación, pero con la condicionalidad de los instrumentos de derecho ambiental establecidos para abordar los problemas ambientales relacionados con la calidad del aire.

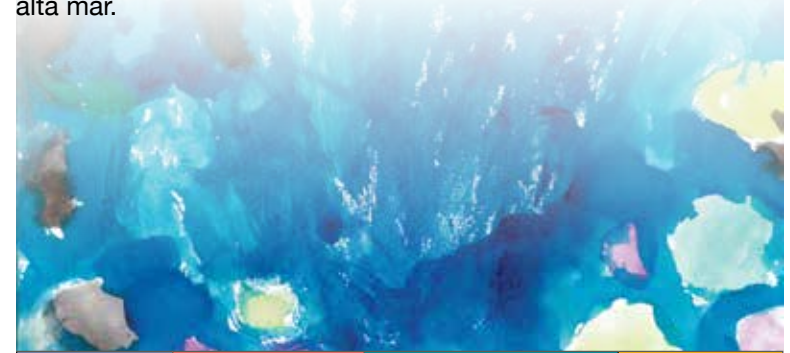
A menudo, las diferencias en las condiciones locales requieren que se tomen medidas reguladoras a nivel local o regional para combatir la contaminación del aire. Los instrumentos legislativos pueden establecer regiones o zonas de calidad del aire, pero es más probable que las leyes de zonificación especial pasen a nivel municipal (local) con objetivos específicos de la actividad que causa contaminación del aire.

Los marcos regulatorios de otras cuestiones ambientales también pueden tener un impacto en la calidad del aire. Por ejemplo, fomentar la incineración de desechos, en lugar de depositarlos en el suelo o tirarlos en el mar o en aguas interiores, puede agravar la contaminación del aire. Del mismo modo, la sesión de instalaciones industriales es importante, porque tan pronto como los contaminantes se emiten a la atmósfera, la cantidad y la dirección de su dispersión juega un papel importante en la determinación de la magnitud del daño que causan.

1.3 Océanos y Medio Ambiente Marino

Las Américas es un continente que posee una gran riqueza de recursos marinos y del océano. Estos recursos están regulados a nivel internacional y nacional por el derecho del mar. El derecho del mar está formado por el órgano de costumbres, los tratados – principalmente CNUDM – y los acuerdos y marcos legales por los cuales los gobiernos mantienen el orden, la productividad y las relaciones pacíficas en el mar.

A los fines del derecho del mar y las cuestiones jurisdiccionales, los océanos se dividen a continuación en cinco zonas principales, cada uno con un estatuto jurídico diferente: Aguas interiores, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva (ZEE) y alta mar.



Zonas principales en Océanos	Composición	Jurisdicción	CDM fuente
<i>Aguas interiores</i>	Zonas litorales que incluyen puertos, ríos, ensenadas y otros espacios marinos en el interior de la línea de base del mar territorial (línea de bajamar).	El Estado del Puerto tiene jurisdicción para la aplicación de las regulaciones nacionales.	PARTE II, artículo 8
<i>Mar</i>	Todos los Estados ribereños tienen derecho al mar territorial que se extiende 12 millas náuticas desde la línea de base.	El Estado ribereño tiene jurisdicción ilimitada sobre todas las actividades (incluyendo las extranjeras) excepto por las restricciones impuestas por la ley.	PARTE II

Zona Contigua	Zona intermedia entre el mar territorial y la alta mar, a 24 millas náuticas desde las líneas de base.	La jurisdicción de la aplicación del estado ribereño. El Estado ribereño puede tomar medidas para impedir o regular la seguridad marítima armada y llevar a cabo las operaciones de aplicación de aduanas para evitar el movimiento de armas a sus aguas/ puertos.	PARTE II
Zona Económica Exclusiva (ZEE)	Zona intermedia, situada entre el mar territorial (12 millas náuticas) y alta mar a la extensión máxima de 200 millas náuticas.	La libertad de la alta mar relativa a los principios generales de navegación se mantiene. En esta zona, el estado ribereño mantiene la soberanía exclusiva sobre la exploración, explotación y conservación de los recursos naturales. El Estado ribereño puede tomar medidas para prevenir la violación por parte de terceros de sus activos económicos en esta área, incluyendo, entre otras cosas, la pesca, la bio-prospección y agricultura eólica.	PARTE V

Alta Mar (La Zona)	Más allá de las 200 millas náuticas desde la costa.	Abierta y libre acceso a todos. Se administra mediante el principio de igualdad de derechos para todos. La Convención establece la libertad de actividad en seis esferas: navegación, sobrevuelo, tender cables y tuberías submarinos y otras instalaciones, pesca, investigación científica. Ningún Estado podrá actuar o interferir con los intereses legítimos e iguales de otros Estados.	PARTE VII y Acuerdo de la Convención en Parte XI
---------------------------	---	---	--



Fuente (UNESCO)

Si bien las disputas y conflictos relativos a los recursos marinos siguen aumentando a nivel internacional, en particular en la determinación de los límites de las zonas marítimas y asuntos jurisdiccionales, las cuestiones relevantes desde el punto de vista judicial a nivel nacional incluyen: la diversidad biológica marina en las zonas de jurisdicción nacional.

Pesquerías;

Ruido del océano, navegación, incluyendo la contaminación causada por buques y por vertimiento;

Enfoques por ecosistemas;

Océanos y cambio climático;

Abordar muchas de estas cuestiones requiere establecer los vínculos con los instrumentos de derecho ambiental que se describen en el Módulo II y las interacciones entre los marcos jurídicos nacionales con respecto a la contaminación, el agua, la biodiversidad, entre otros. Además, son relevantes los vínculos entre estos marcos y los siguientes instrumentos a continuación:

CNUDM

Acuerdo respecto a la aplicación de la Parte IX de la Convención (minería y exploración de la Zona)

Acuerdo de la ONU sobre las Poblaciones de Peces

Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL).

Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe y su Protocolo Relativo a la Cooperación para Combatir los Derrames de Hidrocarburos en la Región del Gran Caribe.

Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su eliminación.



1.3 Bosques

Los bosques prestan servicios vitales y proporcionan bienes ecológicos que proveen numerosos beneficios a los seres humanos. La investigación científica muestra que los bosques facilitan la disponibilidad del agua porque los bosques intactos tienden a mantener altas tasas de infiltración que aseguran la recarga del agua subterránea. Los estudios también muestran que, en determinadas circunstancias, por ejemplo, donde los bosques cubren áreas extensas, como en la cuenca del Amazonas, los bosques aumentan las precipitaciones, y su eliminación puede resultar en disminución de las precipitaciones. La eliminación de los bosques también deteriora la calidad del agua debido a que la vegetación forestal ya no puede reducir y eliminar los contaminantes transportados por el agua que se encuentran en la escorrentía superficial, o inmovilizar o transformar los contaminantes a través de procesos químicos y biológicos. Los bosques también previenen la erosión del suelo, especialmente en fuertes pendientes. Por último, los bosques cumplen con las funciones importantes de la producción de oxígeno para el planeta y actúan como “sumideros” de gases de efecto invernadero, lo que significa que la pérdida de bosques aumenta la cantidad de dióxido de carbono en la atmósfera.²⁶

²⁶ Kiss y Shelton, Capítulo 11. Se cita esta fuente en toda la sección.

Las funciones vitales de los bosques y el delicado equilibrio ecológico que los bosques mantienen en gran medida están siendo afectadas y socavadas por una variedad de actividades humanas. A pesar de que los bosques son esenciales para el mantenimiento de todas las formas de vida, también funcionan en una capacidad económica que puede crear una gran amenaza para su existencia. El aumento de las poblaciones humanas ha dado como resultado la deforestación acelerada en muchos países ya que las tierras forestales se cultivan o despejan para el cultivo de alimentos o para criar ganado, o para combustible o madera. Por ejemplo, se estima que dos millones de personas en los países en desarrollo todavía dependen de la madera como fuente de combustible. La búsqueda de un desarrollo también ha dado lugar a la tala masiva de madera para consumo interno y exportación, y en la transformación de las tierras forestales en explotaciones de cultivos comerciales. También existe el problema de la tala ilegal en los bosques nacionales y otros bosques que son propiedad pública, que no sólo destruye los ecosistemas forestales, sino que también distorsiona los mercados de madera, actúa como un desincentivo para la gestión sostenible de los bosques, y priva a los propietarios de bosques y los gobiernos de los ingresos procedentes de las actividades forestales. La búsqueda de desarrollo también ha resultado en tala masiva de madera para consumo interno y para exportación, y en la transformación de las tierras forestales en explotaciones de cultivos comerciales. También existe el problema de la tala ilegal en los bosques nacionales y otros bosques de propiedad pública, que no sólo destruye los ecosistemas forestales, sino que también distorsiona los mercados de madera, actúa como un desincentivo para la gestión sostenible de los bosques, y priva a los propietarios de bosques y los gobiernos de los ingresos procedentes de las actividades forestales.

Hasta la fecha, no existe un marco jurídico internacional general que se ocupe específicamente de los bosques y los aspectos ambientales, sociales y económicos de la gestión y conserva-

ción de los ecosistemas forestales, pero en lugar, existen varios acuerdos que pueden abarcar bosques.

La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional (la “Convención de Ramsar”) de 1971 aplica a los ecosistemas forestales en la medida que entran dentro de la definición de “humedales” de la Convención. Sí califican como humedales, el artículo 2 de la Convención obliga a cada Parte Contratante designar humedales idóneos de su territorio para ser incluidos en una “Lista de Humedales de Importancia Internacional”, que mantiene la Oficina establecida en virtud de la Convención. Por ejemplo, Brasil, que se convirtió parte de la Convención Ramsar el 24 de septiembre de 1993, ha incluido el Bosque Varzea en la zona de Mamiraua como humedal de importancia internacional bajo la Convención.²⁷

Además, los bosques pueden ser designados como monumentos naturales bajo la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América de 1940,²⁸ y como patrimonio de la humanidad en virtud de la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972. Hasta la fecha, la Lista del Patrimonio Mundial incluye 812 sitios, de los cuales cuarenta y ocho son los bosques tropicales, que cubren más de 32.3 millones de hectáreas. Una vez que un área ha sido designada como Patrimonio de la Humanidad, se requiere que cada Estado proteja, conserve y transmita los bosques para las generaciones futuras. Para cumplir estos requisitos, los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas respecto a sus leyes domésticas.

Además, en la medida en que los bosques constituyen sumideros de gases de efecto invernadero, se aborda su conservación

²⁷ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 20. Se cita esta fuente en toda la sección.

²⁸ Ver Rol N° 6042-2004 Estado de Chile contra de Julio García Brocal

y mejora mediante el régimen de cambio climático global en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (“CMNUCC”), que entró en vigor en marzo de 1994, y su Protocolo de Kyoto que entró en vigor el 16 de febrero de 2005. El artículo 4.1 (d) insta a las partes promover la gestión sostenible, y promover y apoyar con su cooperación la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero, incluyendo los bosques. El Protocolo de Kyoto de 1997 establece los objetivos vinculantes para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y una variedad de métodos para cumplir con estos objetivos. Uno de estos métodos es la protección y conservación de los bosques.

Por último, hay fuentes de legislación no vinculante que crean obligaciones voluntarias. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) no se refiere explícitamente a los bosques, pero reconoce que la protección de los ecosistemas forestales es parte de su mandato, y el CDB ha desarrollado un programa de trabajo sobre los bosques.²⁹ La Conferencia de Río de 1992 que dio como resultado la Declaración de Río no pudo llegar a un acuerdo sobre un acuerdo vinculante, en lugar, acordó Principios Forestales no vinculantes, pero que igualmente han tenido influencia en la legislación nacional de ciertas jurisdicciones. Por ejemplo, los Estados Unidos y Japón, entre otros, promulgaron leyes adicionales para poner en práctica los principios de Río, y el mandato de prácticas forestales sostenibles.³⁰ Teniendo en cuenta que una de las amenazas a los bosques y su sostenibilidad es la tala ilegal con fines comerciales, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) se ha convertido en una herramienta importante en

²⁹ Van Asselt.

³⁰ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 20.

las especies forestales de preservación de bosques. Varias especies de bosques se enumeran bajo la CITES, en el anexo I y II, prohibiendo o regulando el comercio de especies de bosque que requieren protección en los planos nacional e internacional.

Pero más en general, a nivel nacional, la adopción de legislación para proteger los bosques ha sido inconsistente. En algunos países, la tala de bosques regular y no controlada esta autorizada por las autoridades gubernamentales, generalmente sin ninguna consideración de los efectos adversos o consultando con las comunidades afectadas. Aunque se suele suponer que el mayor valor se puede extraer de un bosque mediante la maximización de la madera y los productos de pulpa, o mediante la conversión a la agricultura, las funciones ecológicas de los bosques son generalmente consideradas como libres, o simplemente las que no son notadas, son de gran valor. En cambio, no obstante, algunas jurisdicciones han tomado medidas proactivas para proteger los bosques en la medida de asignar responsabilidad penal para la eliminación de los árboles sin autorización.³¹

1.5 Biodiversidad

La diversidad biológica o biodiversidad ha sustituido frases utilizadas anteriormente, como los recursos naturales, conservación de la naturaleza o protección de la fauna. El nuevo término abarca todos los genes, las especies, los hábitats y los ecosistemas en la tierra y se define en el Convenio sobre la Diversidad Biológica como: la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas

³¹ Kiss y Shelton, Capítulo 11.



acuáticos y complejos ecológicos de los que forman parte: comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.³²

En 1940, en el contexto de la Organización de los Estados Americanos, antes la Unión Panamericana, fue promulgada la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América. Los países signatarios acordaron designar dentro de sus respectivos países territorios específicos como parques nacionales donde las plantas naturales y animales de esa región son protegidos de la matanza, captura o recolección.³³ Por ejemplo, los Estados Unidos cuenta con 22,599 áreas protegidas designadas a nivel nacional terrestres. Estas áreas protegidas cubren 1,006,619 millas cuadradas o 12 por ciento de la superficie terrestre de los Estados Unidos.³⁴ México tiene 1,004 áreas protegidas terrestres designadas a nivel nacional que cubren el 11 por ciento del país, y Brasil tiene 1,864 áreas protegidas terrestres designadas a nivel nacional que cubren el 26 por ciento del país. En 2013, Paraguay informó a la Secretaría General de la OEA la designación de 2,724,792.93 hectáreas como reservas, refugios de monumentos naturales o paisajes protegidos bajo la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América. Por otra parte, Chile ha sido un ejemplo usando la categoría de monumento natural bajo la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América para la protección de

³² Kiss y Shelton, Capítulo 10. Se cita esta fuente por toda la sección.

³³ Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, disponible: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html>

³⁴ Ver Tablero de Conservación para los Estados Unidos, Centro Mundial de Vigilancia de la Conservación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, <http://www.unep-wcmc.org/#?country=US&dashboard=show>.

³⁵ Ver Decreto Supremo N° 43 de 1990 y Rol N° 6042-2004 Estado de Chile contra de Julio García Brocal.

una sola especie, la araucaria araucana, conocida como el pino chileno o *Araucaria chilensis*.³⁵

Las cuestiones relativas a la biodiversidad pueden ser presentadas ante la judicatura en contextos diferentes. Los procesos penales por muerte o captura de especies protegidas de manera ilegal son cada vez más comunes, como son los casos de detención por la extracción de madera en tierras protegidas. En muchos países se han efectuado la pérdida de derechos y otras acciones contra aquellos que comercian ilegalmente la madera u otros productos derivados de especies en peligro de extinción. El litigio de interés público por los ciudadanos puede tratar de detener las actividades comerciales en las áreas protegidas o asegurar el cumplimiento de las leyes que protegen la diversidad biológica. En este contexto, la CITES tiene un papel muy importante, como un acuerdo internacional en el que los Estados se adhieren voluntariamente, así coincidiendo de este modo estar vinculado legalmente y aplicar la Convención. Mientras que la CITES no pretende sustituir las leyes nacionales; proporciona un marco, respetado por cada Estado parte, que deben aprobar las disposiciones legales para asegurar la implementación a nivel nacional.³⁶ La aplicación de la CITES a nivel nacional apoya el comercio regulado de especies silvestres de flora y fauna, su protección, así como la protección de sus hábitats.

La legislación internacional y nacional aborda los problemas planteados por la pérdida de la diversidad biológica de manera similar, ya que la legislación nacional relativa a la biodiversidad está modelada en gran manera como resultado de los compromisos internacionales. Las partes en las convenciones internacionales sobre la diversidad biológica han adoptado leyes y reglamentos con el fin de poner en práctica los acuerdos y crear instituciones adecuadas con el fin de garantizar el cumplimiento de sus compromisos.

³⁶ Ver www.cites.org

Convenciones relacionadas a la biodiversidad en los países de América	
Convención para la Protección de La Flora, de La Fauna y de Las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América	<p>La Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América tiene como objetivo proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en un número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre. También, proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y los lugares donde existen condiciones primitivas dentro de los casos a que esta Convención se refiere. Es el primer instrumento jurídicamente vinculante mediante el cual los Estados se comprometen a promulgar legislación nacional para las áreas protegidas. (Ver: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html)</p>
Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas	<p>La CIT promueve la protección, conservación y recuperación de las poblaciones de tortugas marinas y de los hábitats de los cuales dependen, sobre la base de los datos más fidedignos disponibles y considerando las características ambientales, socioeconómicas y culturales de las Partes (Artículo II, Texto de la Convención). Estas acciones deben ser tomadas tanto en las playas de anidamiento como en lo que corresponde a los mares territoriales de los países. La Convención atiende esta necesidad de implementar medidas concertadas entre naciones, coordinar acciones multilaterales de conservación y protección, y velar por la implementación de una agenda regional que conduzca a la recuperación de estas especies. (Ver: http://www.iacseaturtle.org)</p>

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)	<p>La CITES tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para su supervivencia. A través de sus tres Apéndices, la Convención ofrece diversos grados de protección a más de 30,000 especies de animales y plantas. (Ver www.cites.org)</p>
Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional (la "Convención de Ramsar")	<p>La Convención de Ramsar proporciona el marco para la conservación y el uso racional de todos los humedales mediante acciones locales y nacionales, y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo. La convención abarca todos los aspectos de la conservación y el uso racional de los humedales, reconociendo los humedales como ecosistemas que son extremadamente importantes para la conservación de la biodiversidad en general y para el bienestar de las comunidades. (Ver: http://www.ramsar.org/)</p>
La Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres	<p>La CMS, o el Convenio de Bonn, es la única convención mundial especializada en la conservación de las especies migratorias. La CMS ofrece una plataforma global para la conservación y el uso sostenible de especies migratorias y sus hábitats. La CMS reúne a los Estados por los que pasan los animales migratorios, los Estados del área, y establece las bases legales para medidas de conservación coordinadas internacionalmente a través de un área de migración, proporcionando un esfuerzo por proteger estrictamente a las especies migratorias más amenazadas, celebrando acuerdos multilaterales regionales para la conservación y manejo de las especies o las categorías de las especies específicas, y mediante la realización de actividades cooperativas de investigación y conservación. (Ver: http://www.cms.int/es)</p>

<p>Convenio sobre la Diversidad Biológica</p>	<p>Los objetivos principales del CDB son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. El Convenio sobre la Diversidad Biológica cubre la diversidad biológica a todos los niveles: ecosistemas, especies y recursos genéticos. (Ver: https://www.cbd.int/)</p>
<p>Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura</p>	<p>Los objetivos del Tratado son la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización, en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para la agricultura sostenible y la seguridad alimentaria. El Tratado abarca todos los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, mientras que su Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios cubre una lista específica de 64 cultivos y forrajes. El Tratado también incluye disposiciones relativas a los Derechos del Agricultor (Ver: www.planttreaty.org/es)</p>
<p>Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (WHC)</p>	<p>La Convención une los conceptos de conservación de la naturaleza y la preservación de los bienes culturales. La Convención reconoce la forma en que las personas interactúan con la naturaleza y la necesidad fundamental de preservar el equilibrio entre los dos. La misión principal de la WHC es identificar y conservar el patrimonio cultural y natural del mundo, mediante la elaboración de una lista de sitios cuyos valores deben conservarse para toda la humanidad y para asegurar su protección a través de una cooperación más estrecha entre las naciones. (Ver: http://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf)</p>

<p>Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF)</p>	<p>La CIPF tiene como objetivo proteger los recursos vegetales del mundo, incluyendo las plantas cultivadas y silvestres mediante la prevención de la introducción y propagación de plagas de las plantas y la promoción de medidas adecuadas para su control. La Convención establece los mecanismos para desarrollar las normas internacionales para medidas fitosanitarias (NIMF), y para ayudar a los países aplicar las NIMF, y las otras obligaciones en virtud de la CIPF, facilitando el desarrollo de la capacidad nacional, reportes nacionales y la solución de diferencias. La Secretaría de la CIPF esta organizada por la Organización para la Agricultura y la Alimentación de las Naciones Unidas (FAO). (Ver: https://www.ippc.int/en/)</p>
---	---

El acuerdo internacional más influyente es el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de 1995, un instrumento estratégico que establece los objetivos generales, los objetivos fundamentales y los principios generales que deben ponerse en práctica a través de medidas concretas y acciones a nivel nacional sobre la base de la orientación.³⁷ El CDB reconoce los derechos de los Estados sobre los recursos genéticos en animales y plantas bajo su jurisdicción, y crea una relación compleja entre los derechos y deberes. La autoridad de regular el acceso a los recursos genéticos corresponde a los gobiernos nacionales y es sujeta a la legislación nacional. Sin embargo, cada parte debe tratar de crear condiciones para facilitar el acceso a los recursos genéticos para el uso adecuado ambiental por otras partes y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del Convenio. Cuando se concede acceso, debe ser en condiciones mutuamente convenidas y sujeto al consentimiento fundamentado previo de la parte que proporciona los recursos genéticos, a menos que las partes determinen lo contrario. Los permisos pueden ser necesarios; los

³⁷ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 15. Se cita esta fuente por toda la sección.

acuerdos contractuales de acceso son un método importante por el cual entidades públicas y privadas pueden tener acceso y negociar una parte de los beneficios en un pago de comisiones de cobro, regalías u otra forma de distribución de los beneficios.

Otro aspecto importante de la protección de la diversidad biológica es el control de la introducción de especies exóticas, cual puede destruir las nativas. Varias leyes nacionales e internacionales requieren que los Estados controlen estrictamente la introducción de especies no autóctonas. La Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997, establece que los Estados de cursos de agua deben tomar todas las medidas necesarias para evitar la introducción de especies extrañas o nuevas en un curso de agua internacional que puedan tener efectos perjudiciales para el ecosistema del curso de agua, resultando en daños sensibles a otros Estados. Las sanciones adecuadas para la introducción deliberada deben ser estrictamente aplicadas debido a las consecuencias potencialmente desastrosas de las especies exóticas en un ecosistema.

El Convenio Europeo para la Conservación de la Vida Silvestre y Hábitats Naturales de 1979 ilustra los principales enfoques para la conservación de la naturaleza. Se hace una distinción entre la protección de especies de la de los hábitats, una distinción que refleja la reglamentación internacional y la mayoría de la legislación nacional. Las normas generales para la protección de las especies son diferentes para la flora y fauna silvestre. Las especies de flora silvestre están protegidas contra ser recolectadas, cortadas o arranchadas deliberadamente, y en su caso, los Estados pueden prohibir la posesión o venta de estas especies. Las especies de animales silvestres incluidas en la lista son protegidas contra todas las formas de captura intencionada, de posesión y de muerte deliberada; el daño o la destrucción intencional de la cría y de reposo, y la posesión y el comercio de estos animales vivos o muertos.

A nivel nacional, la mayoría de los esquemas legislativos empezaron con la regulación de la caza y pesca. Las leyes de varios países distinguen entre los animales de caza o no, y las plantas explotadas comercialmente y las que no. Las autorizaciones especiales podían ser dictadas para permitir la tala de los árboles en un bosque, o para la caza o la pesca, durante temporadas específicas. Más adelante, se desarrollaron normas para proteger el hábitat de plantas y animales silvestres. Por último, la conservación de las especies y de su hábitat se fusionó en el marco conceptual más amplio que requiere la protección del patrimonio genético del planeta, un nuevo problema que se extiende más allá de las dimensiones de la conservación, en su sentido habitual. El avance hacia la identificación, regulación y la gestión de los procesos que afectan negativamente a la diversidad biológica representa un aspecto de un alejamiento de la administración sectorial hacia un enfoque integrado para la protección de los ecosistemas. Por lo tanto, la legislación en muchos países hoy en día (por ejemplo, Austria y Dinamarca) prohíbe la liberación o la introducción de especies no autóctonas, o requiere un permiso especial para introducirlas.

Un buen ejemplo de legislación sobre la biodiversidad a nivel nacional es Costa Rica, que representa solamente el 0.04% de la superficie terrestre mundial, pero contiene aproximadamente 4-5% del territorio de biodiversidad estimada del mundo.³⁸ La Ley de Biodiversidad de 1998 de Costa Rica, un hito del país, establece un marco para el uso sostenible, la conservación participativa de todos los sectores sociales y la regulación del acceso a los recursos genéticos.

³⁸ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 15.



1.6 Patrimonio Cultural

El patrimonio cultural incluye no sólo el registro intelectual, artístico e histórico de los seres humanos, sino que también objetos físicos, ya sean humanos o naturales. El patrimonio natural comprende la biodiversidad de las especies y las comunidades ecológicas, incluyendo los animales, las plantas, los hongos y las comunidades terrestres y de agua dulce.

Como se ha mencionado previamente, la Convención de la OEA para la protección de la flora, de la fauna y de bellezas escénicas naturales de los países de América exige a los Estados miembros a proteger los monumentos naturales que define como “las regiones, los objetos o las especies vivas de los animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta”.³⁹

³⁹ Ver Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, Artículo 1, sección 3, OEA, disponible: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html>

Un punto importante para comprender tanto la legislación nacional como el derecho internacional sobre este tema es la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (WHC), que es la fuente de la mayoría de legislaciones nacionales en este ámbito. Esta Convención se basa en el reconocimiento que ciertos bienes del patrimonio cultural o natural de diversas naciones son de interés universal y necesitan ser preservados como parte del patrimonio de la humanidad. Ciertos bienes que se encuentran bajo la soberanía de un Estado son de interés más allá de las fronteras territoriales y se refieren a toda la humanidad, y dicha propiedad debe, más allá de los intereses de la conservación del estado territorial, ser conservada en el nombre y el interés de toda la comunidad internacional. El concepto jurídico relevante que surge es de la herencia común de la humanidad, un fideicomiso o un mandato ejercido en interés de las generaciones presentes y futuras.⁴⁰

El Comité Intergubernamental de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural publica la “Lista del patrimonio mundial” que contiene los bienes del patrimonio cultural y del patrimonio natural. Los sitios incluidos de patrimonio natural incluyen, por ejemplo, la gran barrera de coral de Australia; Yellowstone y los Everglades en los Estados Unidos; las Islas Galápagos (Ecuador); y el Parque del Serengeti (Tanzania). En ciertos casos, como Machu Picchu en Perú, los sitios pueden calificar tanto como patrimonio natural, y también como patrimonio cultural. En 2014, UNESCO añadió el Camino Principal Andino Qhapaq Ñan, el sistema de transporte más extenso y avanzado de América precolombina del Sur, que atraviesa seis países de la OEA a lo largo de la costa oeste de América del Sur.⁴¹

⁴⁰ Kiss y Shelton, Capítulo 12.

⁴¹ Ver Comunicado de Prensa OEA. Países Miembros de la OEA celebran nombramiento del Qhapaq Ñan como Patrimonio Mundial (Julio 15, 2014) disponible: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-299/14

En virtud de la Convención, cada Estado Parte garantiza la identificación, protección, conservación, presentación y revalorización y rehabilitación del patrimonio natural situado en su territorio a las generaciones futuras. Estos recursos siguen perteneciendo a los establecimientos públicos o privados o incluso a individuos, si la ley nacional lo dicta. De este modo, se respetan los derechos de propiedad y soberanía territorial sobre el patrimonio cultural y natural mundial. La protección del patrimonio cultural y natural es relevante, así desde el punto de vista judicial en el contexto de los derechos indígenas. En particular, respecto a la Cosmovisión y el vínculo entre los pueblos indígenas con la tierra, tanto físico como espiritual. Las decisiones de los casos *Saramaka*⁴² y *Sawhoyamaxa*⁴³ ilustran esta relación y su relevancia en el contexto de un enfoque basado en derechos.

Las obligaciones de la Convención se reflejan en la legislación nacional. Muchas jurisdicciones, incluyendo la de Brasil, cuentan con una legislación preexistente para proteger los sitios que fueron seleccionados para su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial. En el caso de la *Comunidad de Australia v. El Estado de Tasmania*, No. C6 de 1983, 46 A.L.R. 625, 68 I.L.R. 266, el Tribunal Supremo de Australia dictaminó que las obligaciones de la Convención eran legales en su naturaleza, y los derechos contenidos en la Convención eran obligaciones legales para la protección de sitios. Algunos individuos también han tomado acciones personales para iniciar litigios en la protección de los sitios del patrimonio cultural cuando sienten que el gobierno no ha tomado las medidas adecuadas. Por ejemplo, en 1984, se llevó a cabo una acción civil para la protección del Taj Mahal en India por la contaminación del aire, y dio como resultado el cierre de las fábricas vecinas productoras de carbono.⁴⁴

⁴² *Saramaka v. Suriname*

⁴³ *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay* Caso, No. 146 (Mar. 29, 2006)

⁴⁴ Kiss y Shelton, Capítulo 12.



2.1 Agricultura

La práctica agrícola tiene impactos significativos sobre el medio ambiente. Sin embargo, no está sujeta a un régimen coordinado de las obligaciones a nivel global o regional. Las prácticas agrícolas están, no obstante, en



gran medida influenciadas y afectadas por las normas del derecho internacional que abordan el uso de pesticidas, la protección de los recursos hídricos, el clima y la conservación de la biodiversidad, incluyendo los bosques. También, el PNUMA, la OEA,⁴⁵ la FAO y el IICA han adoptado instrumentos de política no vinculantes sobre la regulación de las prácticas agrícolas que abordan diversos aspectos ambientales de la agricultura, incluyendo el vínculo a la seguridad alimentaria.

Por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de 1995 define la biodiversidad agraria que incluye todos los componentes de la diversidad

⁴⁵ AG/DEC. 69 (XLII-O/12) "Seguridad Alimentaria con Soberanía en las Américas" (Junio 5, 2012) disponible en : <http://scm.oas.org/pdfs/2013/AG05835S04.doc>

biológica de relevancia a la alimentación y la agricultura, y los componentes de la biodiversidad que constituyen el ecosistema agrícola: incluyendo la variedad y variabilidad de los animales, las plantas y los micro-organismos a niveles genéticos, de especies y de los ecosistemas. El CDB también ha desarrollado un programa específico de trabajo relacionado con la biodiversidad agrícola, con el propósito de asegurar la conservación, el uso sostenible y beneficio de la distribución por el uso de la biodiversidad agrícola que efectivamente contiene las pérdidas de la biodiversidad agrícola ocasionadas por humanos. Este programa de trabajo busca aumentar la capacidad de los ecosistemas agrícolas para garantizar la seguridad alimentaria y apoyar a otros servicios de los ecosistemas para el beneficio y bienestar humano, y minimizar los impactos negativos sobre otros ecosistemas. En práctica, el programa de trabajo de biodiversidad agrícola apoya la aplicación del enfoque del ecosistema en el sector agrícola, y la cooperación entre los sectores de la agricultura y el medio ambiente en el plano nacional.⁴⁶

Del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas de la Lucha contra la Desertificación (CLD) de 1994 es un marco legalmente vinculante establecido para combatir las sequías y desertificación, y se basa en los principios de participación, asociación y descentralización. Con la excepción de Canadá, que anunció su retiro de la Convención en 2013, todos los Estados Miembros de la OEA son partes en la Convención. La Convención aborda las tierras áridas, donde se encuentran algunos de los ecosistemas e individuos más vulnerables. En virtud de la CLD, los Miembros acordaron mejorar las condiciones de vida de las personas en las tierras áridas mediante el mantenimiento y restauración de la productividad del suelo, mitigando así los efectos de la sequía.⁴⁷

⁴⁶ Kiss y Shelton, Capítulo 12.

⁴⁷ Ver: Sobre la Convención de las Naciones Unidas de la Lucha contra la Desertificación, disponible: <http://www.unccd.int/en/about-the-convention/Pages/About-the-Convention.aspx>.

Tal como aumentan las preocupaciones mundialmente sobre la sostenibilidad, la agricultura orgánica se ha vuelto más frecuente, cual consiste en métodos de producción que se enfocan en la conservación al beneficio al medio ambiente. En este sentido, el derecho internacional si juega un papel importante en la certificación de tales prácticas. La Comisión Codex Alimentarius (Codex) que fue creada por una resolución de los órganos gobernantes de la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), reúne a científicos, expertos técnicos, reguladores de gobiernos y organizaciones internacionales de consumidores e industria para desarrollar normas alimentarias. Codex ha desarrollado mejores prácticas para los métodos de producción agrícola orgánica y lo que constituye los alimentos orgánicos. Estas prácticas están siendo reflejadas en la legislación doméstica sobre la agricultura orgánica y en la identificación de estos productos.⁴⁸

A nivel nacional, las prácticas agrícolas en las jurisdicciones están generalmente influenciadas por la legislación doméstica sobre el uso de pesticidas, la protección de los recursos hídricos y la biodiversidad. Algunas jurisdicciones cuentan con legislaciones más comprensivas diseñadas específicamente para usos específicos agrícolas – por ejemplo, la Ley de Agricultura de EE. UU (“the Farm Bill”, por su referencia en inglés, que se promulga cada 5 años), como parte de un esquema integral de apoyo gubernamental para la industria agrícola doméstica, promociona las mejores prácticas en el uso de energía limpia, como bio-combustibles, y contiene protecciones ambientales. Otro aspecto relevante de la agricultura es el equilibrio entre la seguridad alimentaria y el uso de la tierra para otros fines. Por ejemplo, la preservación de los bosques versus los cultivos o los productos.

⁴⁸ Caro, Margero y Duran.

2.2 Control de la contaminación y gestión de químicos

Existen varios acuerdos internacionales y marcos legales nacionales con el fin de controlar los efectos dañinos para el medio ambiente y la salud relacionados con ciertos productos químicos que causan contaminación.

AMUMAS relacionados al Control de la Contaminación y Gestión de Químicos	
AMUMA	Objetivo
<i>El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (el Convenio de Basilea)</i>	Regular los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación para gestionar y reducir el riesgo del daño a la salud humana y al medio ambiente causado por los desechos peligrosos y otros desechos, y el movimiento transfronterizo de tales. Ver: http://www.basel.int
<i>Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP)</i>	El Convenio de Estocolmo sobre COP tiene como objetivo controlar los efectos negativos de 12 plaguicidas (la "docena sucia") que están diseñados para permanecer en el ambiente. Entre otros, el Convenio prohíbe toda la producción y uso de estos pesticidas y requiere que las Partes desarrollen planes nacionales de aplicación. Ver: http://chm.pops.int/
<i>Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PIC)</i>	El Convenio de Rotterdam posee obligaciones legales vinculantes para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo (CFP). El Convenio de Rotterdam se aplica a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos de comercio internacionales que han sido prohibidos o rigurosamente restringidos

	para la salud humana y el medio ambiente, por las partes para su inclusión en el procedimiento de CFP. Sus objetivos incluyen promover la responsabilidad compartida y los esfuerzos conjuntos de las Partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y contribuir a su utilización ambientalmente racional, facilitando el intercambio de información acerca de sus características, estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación y exportación y difundiendo esas decisiones a las Partes. Ver: http://www.pic.int
<i>Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Convenio y Protocolo de Ozono)</i>	El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono es un convenio marco, que sirve como un esquema para apoyar los esfuerzos en la protección de la capa de ozono. Su Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono fue diseñado para proteger la capa de ozono de la tierra reduciendo la producción y el consumo de sustancias que agotan el ozono con el fin de disminuir su abundancia en la atmósfera. Ver: http://www.vienna.convention.at/ y http://ozone.unep.org
<i>Convenio Minamata sobre Mercurio</i>	El Convenio Minamata sobre el Mercurio tiene como objetivo mejorar la reducción de la contaminación por mercurio de las ciertas actividades responsables de la mayor liberación inmediata de mercurio al medio ambiente. Ver: http://www.mercuryconvention.org/

El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes tiene como objetivo controlar los efectos negativos de 12 plaguicidas (la “docena sucia”) que están diseñados para permanecer en el ambiente. Entre otros, el Convenio prohíbe toda la producción y uso de los pesticidas endrin y toxaphene, y requiere que las Partes cesen la producción de aldrin, dieldrin y heptacloro, con limitaciones al uso de DDT. El Convenio también impone una obligación a los países a desarrollar planes nacionales de aplicación. Además, el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo es aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PIC). El Convenio impone, junto con el requisito de consentimiento del país de importación, requisitos de identificación de ciertos químicos de exportadores internacionales. El Convenio Minamata sobre Mercurio de 2013, firmado por 128 países, tiene como objetivo mejorar la reducción de la contaminación por mercurio de ciertas actividades responsables de la mayor liberación inmediata de mercurio al medio ambiente.⁴⁹ Las actividades específicas incluyen plantas que utilizan el carbón como fuente de energía, térmicas de carbón y las calderas industriales, ciertas operaciones de producción de metales no ferrosos, la incineración de residuos y la producción de cemento. El Convenio también aborda la oferta y el comercio del mercurio, el almacenamiento seguro y la eliminación del mercurio, y las estrategias para abordar los sitios contaminados con mercurio. Estas disposiciones son particularmente relevantes en vista de las industrias de la expansión de la extracción minera en la región. El Convenio presta atención a un metal global y omnipresente que, si bien de origen natural, tiene amplias

⁴⁹ Ver Convenio Minamata sobre Mercurio (2013) disponible: <http://www2.epa.gov/international-cooperation/minamata-convention-mercury>.

aplicaciones en objetos de uso diario y se libera en la atmósfera, el suelo y el agua de una variedad de fuentes. El control de las emisiones antropogénicas de mercurio a lo largo de su ciclo de vida ha sido un factor clave en la conformación de las obligaciones en virtud del Convenio.⁵⁰ Las implicaciones para la salud derivadas de la contaminación por mercurio fue un tema central en el caso de La Oroya, donde el Tribunal Constitucional del Perú solicitó medidas para proteger la salud y la vida de más de 60 personas de la comunidad vecina y el sitio de la mina abandonada. En vista del incumplimiento, la comunidad solicitó medidas cautelares al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A nivel nacional, la aplicación de las obligaciones derivadas de los Convenios de Estocolmo y Rotterdam en la mayoría de las jurisdicciones ha implicado un enfoque de regulación relativo a los permisos previos a la exportación, los requisitos de identificación y los procedimientos de aprobación.⁵¹ Muchos países requieren la inscripción y el diagnóstico de los productos químicos antes de la aprobación para venta y uso doméstico.⁵²

Además de causar contaminación a nivel del suelo, la emisión de ciertas sustancias químicas a la atmósfera conduce a la destrucción de la capa de ozono. La capa de ozono es una forma de oxígeno que filtra una parte de la radiación ultravioleta del sol que de otro modo dañaría las formas de vida en la tierra. La principal causa del agotamiento de ozono ha sido la utilización de Clorofluorocarbonos (CFCs) en los productos de aerosol, disolventes y refrigeración. CFCs fueron populares en usos comerciales previos por su esta-

⁵⁰ Ver: <http://www.mercuryconvention.org/Convention>

⁵¹ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 12.

⁵² Kiss y Shelton, Capítulo 16.

bilidad; pero su propia estabilidad es la fuente del problema porque las sustancias químicas migran a través de largas distancias y sobreviven intactas durante muchos años. Cuando llegan a la estratosfera intacta, la radiación solar rompe las moléculas aparte para liberar los átomos de cloro reactivos, catalizando reacciones en cadena que destruyen la capa de ozono.⁵³

El Convenio para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, y luego el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono de 1987, controlan la producción y el consumo de diversas sustancias que agotan la capa de ozono, como los Clorofluorocarbonos (CFCs) y los halones. Los enfoques nacionales reguladores para aplicar restricciones del Protocolo de Montreal y proteger la capa de ozono han incluido:

- a) prohibiciones de la fabricación y el comercio de productos químicos restringidos;
- b) los impuestos sobre los productos químicos sujetos a la fase de salida;
- c) los requisitos de gestión, por ejemplo, en el servicio de aire acondicionado y el reciclaje necesario de sustancias que destruyen el ozono (sao).

El análisis judicial que involucra la violación de las prohibiciones o restricciones nacionales en el comercio de SAOs incluye determinar si se ha demostrado si está involucrado un producto químico restringido. A menudo, los productos químicos prohibidos o restringidos son identificables basados

⁵³ Kiss y Shelton, Capítulo 16.

en el etiquetado de sus envases o un bote. En otros casos, puede ser necesaria la evidencia científica a través de un análisis de laboratorio para demostrar que un producto químico restringido está involucrado.⁵⁴



⁵⁴ Clorofluorocarbonos (CFCs) son sustancias que agotan el ozono (SAO), y se utilizan en productos de aerosol, como esterilizantes de equipo médico, y en un rango de aplicaciones, incluyendo la congelación de alimentos, expansión de tabaco, fumigación y la terapia del cáncer. El tetracloruro de carbono, otro SAO, se utiliza en la producción de los medicamentos y productos químicos agrícolas, y como catalítico incitador. La producción y el consumo de CFCs y de tetracloruro de carbono se controla bajo el Protocolo de Montreal, y los países en desarrollo están eliminando estos productos químicos que agotan la capa de ozono en este sector. Ver: <http://www.un.org/en/events/ozoneday/substances.shtml>.

⁵⁵ Kiss y Shelton, Capítulo 16. Se usa esta cita por toda la sección.

Los impactos del Cambio Climático en las Américas: la seguridad en la atribución de los sistemas físicos, biológicos y humanos



Fuente: SG/OEA con información del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático

La temperatura promedio global entre 1866 y 1996 se incrementó más de un grado, y la acumulación de “gases efecto invernadero”, tales como el dióxido de carbono, óxido nitroso, metano, Clorofluorocarbonos y el ozono troposférico son vistos como partes responsables del calentamiento. Existe evidencia de que la concentración de dióxido de carbono en la atmosfera hoy es de veinticinco a treinta por ciento más alta que lo que era en los tiempos pre-industriales. En 1995, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, una red de más de 2,000 científicos y expertos en política asesoraron a los gobiernos sobre la política climática, concluyendo que la actividad humana está contribuyendo al calentamiento de la tierra.⁵⁶

Las consecuencias de este cambio son graves. La tendencia hacia el aumento de las temperaturas se prevé resultará en el aumento del nivel del mar por el deshielo parcial de los casquetes polares y la expansión térmica del agua marina. La Evaluación IPCC proyectó un aumento del nivel del mar desde 1996 hasta 2100 en un rango de 42 centímetros a 80 centímetros. Un aumento en los niveles del mar a nivel mundial de aproximadamente 50 centímetros podría desbaratar las zonas costeras que representan la vivienda de una proporción sustancial de la población mundial. En algunas proyecciones, muchas islas pequeñas se sumergirían o volverían inseguras, y enormes zonas de algunos países se pueden convertir parcialmente inhabitables.⁵⁷

Además, el cambio climático también podría modificar la agricultura mundial; algunas zonas pueden convertirse áridas, mientras que otras regiones que actualmente son demasiado frías, podrían llegar a ser capaz de cultivar productos que requieren climas más

⁵⁶ Naomi Oreskes & Erik M. Conway, Merchants of Doubt, Bloomsbury Press (2010), Capítulo 6, página 169, disponible: <http://ncse.com/files/pub/evolution/Excerpt--merchants.pdf>.

⁵⁷ El Quinto Informe de Evaluación del IPCC se encuentra disponible: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_Chapter13_FINAL.pdf. Ver tabla 13.6 (página 1184) línea que comienza con IPCC AR5.

cálidos. El aumento de la temperatura del agua podría también alterar los ecosistemas acuáticos y aún más la carga de la pesca que se encuentra ya en dificultades. Las enfermedades tropicales transmitidas por parásitos y microorganismos, incluyendo la malaria y el dengue, podrían llegar a ser endémicas en nuevas áreas del mundo ya que un clima más cálido acelera el metabolismo de insectos, por lo que crecen más rápidamente, se reproducen con mayor frecuencia y migran más rápido y más lejos.

Existe un reconocimiento mundial de esta cuestión y sus graves consecuencias. En particular, el Protocolo de la Convención Marco de las Naciones Unidas adoptada en Kyoto el 11 de diciembre de 1997 y ratificada por 191 países con diferentes metas y compromisos específicos para participar, los países desarrollados y en desarrollo en relación con la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Las principales características del Protocolo fueron los objetivos de reducción aceptados por los países industrializados, sin obligación para los correspondientes países en desarrollo; el reconocimiento del papel de los sumideros de gases de efecto invernadero (mares, bosques) y su inclusión en los objetivos; la posible creación de “burbujas” y las emisiones del comercio que permiten satisfacer en conjunto a los países sus obligaciones de reducir las emisiones agregadas.

La implementación del Protocolo de Kioto y la aceptación de los objetivos en los países desarrollados no fue generalizada, ya que Estados Unidos no ratificó el tratado y Canadá se retiró en 2011. Varios países desarrollados no cumplieron con los objetivos acordados (aunque no hubo penalización asociada por hacerlo). El Protocolo expiró en 2012, y una enmienda posterior de Doha en el protocolo de renegociar y ampliar el Protocolo ha estado paralizada desde ese punto.⁵⁸

⁵⁸ Desde el 28 de mayo de 2015, solamente 32 países (de los 144 necesarios para su ratificación) ratificaron la enmienda de Doha para extender el Protocolo de Kyoto. Ver: http://unfccc.int/kyoto_protocol/doha_amendment/items/7362.php.

El Acuerdo de Copenhague de 2009 creó el Fondo Verde para el Clima mediante el cual los países desarrollados ayudarían a los países en desarrollo en las prácticas de adaptación y mitigación para contrarrestar el cambio climático. En 2014, 194 países en la Conferencia sobre el Cambio Climático de Lima acordaron aumentar la capitalización del Fondo Verde para el Clima más allá de \$10 mil millones. Varios países industrializados acordaron establecer objetivos de emisiones bajo un nuevo proceso, conocido como Evaluación Multilateral. Además, la Declaración Ministerial de Lima sobre la Educación y Sensibilización alentó a todos los gobiernos a incorporar la cuestión del cambio climático en los planes de estudios, y a que incluyan la sensibilización sobre el cambio climático en la formulación y aplicación de las estrategias y políticas nacionales sobre el desarrollo y el cambio climático con arreglo a sus prioridades y competencias nacionales.⁵⁹

El acuerdo vinculante de 2015 (Acuerdo de París) para abordar el cambio climático finalmente se concluyó después de cuatro años de negociaciones, obligando a los países a presentar los objetivos climáticos nacionales cada cinco años. Cada objetivo representa un “progreso” más allá del objetivo anterior y de la “ambición más alta del país”. El acuerdo establece un nuevo objetivo de temperatura, con el fin de limitar el calentamiento a “muy por debajo” de 2 grados centígrados, e intentando por un umbral de 1.5 grados centígrados por encima de los niveles preindustriales. Este objetivo es una prioridad para los países más vulnerables al clima, incluyendo la Alianza de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo y los países menos desarrollados, de los cuales los efectos del cambio climático son una amenaza en particular. El acuerdo también establece un objetivo de reducción de emisiones a largo plazo. Los países tendrán como objetivo reducir rápidamente las

⁵⁹ Véase comunicado de prensa, el llamado a la acción climática de Lima coloca al mundo en el camino a París 2015, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Dic. 14, 2014) disponible en <http://newsroom.unfccc.int/lima/lima-call-for-climate-action-puts-world-on-track-to-paris-2015/>.

emisiones de gases de efecto invernadero con el fin de llegar a las emisiones netas de cero entre 2050 y 2100. El acuerdo también establece sesiones mundiales para realizar inventario cada cinco años que revise el progreso colectivo hacia las metas de reducción de emisiones de temperatura y largo plazo. El marco vinculante de responsabilidad es fundamental para la credibilidad del acuerdo con el fin de facilitar la comprensión del progreso de los países hacia el cumplimiento de sus objetivos nacionales sobre el clima, y es de la mayor relevancia desde el punto de vista judicial.

Además de las obligaciones vinculantes del Acuerdo de París, una serie de medidas nacionales para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero han surgido mundialmente, al menos en parte debido a la aplicación de las obligaciones del Protocolo. Algunos países, como Japón, han llevado a cabo esfuerzos voluntariamente y basados en incentivos para mitigar las emisiones, mientras que otros países están adoptando límites vinculantes a las emisiones procedentes de ciertos sectores.

Los esfuerzos para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero incluyen a menudo el mismo tipo de enfoques utilizados para reducir la contaminación atmosférica, tales como los estándares de productos y procesos, y el uso requerido de la mejor tecnología disponible. Hay esfuerzos concertados en múltiples jurisdicciones para incentivar el uso de fuentes alternativas de energía que emiten pocos gases de efecto invernadero pequeños. Otros estados están promoviendo o imponiendo la reforestación o mas bien limitando la deforestación en un esfuerzo por aumentar los sumideros de carbono.⁶⁰

Un desafío principal del derecho del cambio climático es la atribución en base individual o a un grupo específico, a pesar de que la base científica en relación con la atribución a la humanidad es sólida en general.

⁶⁰ Kiss y Shelton, Capítulo 16.

Los principios fundamentales del derecho del cambio climático incluyen el principio precautorio y el principio de responsabilidad común pero diferenciada.

Cuando se estableció la CMNUCC (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático) en 1992, se crearon dos categorías de países según su nivel de desarrollo en el momento. Estas categorías son la base de obligaciones bajo el derecho climático. Por ejemplo, se requería solamente a los países desarrollados reducir las emisiones en virtud del Protocolo de Kioto.

El principio de responsabilidad común pero diferenciada tiene en cuenta ambos el nivel de responsabilidad por cambio climático y el nivel de desarrollo y capacidad de un país. Este principio es la base para el establecimiento de expectativas y obligaciones para los países en base a la diferenciación.

2.4 Derecho Ambiental Urbano

Más de la mitad de la población mundial vive en áreas urbanas, y el número sigue creciendo – particularmente en los países en desarrollo. De acuerdo con las estimaciones, hasta el 90% del crecimiento de la población en los países en desarrollo ocurre en las zonas urbanas. En Asia, por ejemplo, menos del 20% de la población vivían en ciudades en 1955. En la actualidad, ese número se aproxima al 50%. En Latinoamérica, el porcentaje es



aún mayor, con más del 75% de la población viviendo ahora en las ciudades.⁶³

La aplicación de muchas de las políticas ambientales domésticas a menudo se manifiesta a nivel municipal en los reglamentos, estatutos y políticas de las zonas.

Sin embargo, aparte de esto, surgen consideraciones especiales por la agrupación de las personas en los centros urbanos. Los problemas ambientales urbanos son amenazas para el presente o futuro bienestar de los humanos, resultando por los daños provocados por los humanos al medio ambiente físico, originando o transmitido en las zonas urbanas. Estos incluyen las cuestiones localizadas como la falta de fuentes de agua y saneamiento de vivienda y la contaminación del aire, la contaminación del aire del ambiente y smog, la contaminación de los lagos y ríos cercanos, y las perturbaciones ecológicas de las áreas a lo largo de desarrollos urbanos.

El crecimiento del derecho ambiental urbano como subconjunto del derecho ambiental está vinculado a la adopción de los derechos individuales a demandar de acuerdo con la legislación de protección ambiental en ciertas jurisdicciones. Subsecuente a la adopción de proyectos de ley de protección ambiental que han permitido a los ciudadanos presentar demandas, ha habido un mayor énfasis en garantizar la protección de áreas urbanas en los Estados Unidos. Así, la jurisprudencia ha desarrollado la contaminación acústica, la contaminación del aire y otros problemas localizados entorno al ambiente urbano. El derecho ambiental de las Américas continúa desarrollándose en el contexto de las ciudades verdes mediante la integración de las áreas protegidas con el paisaje de las ciudades y fortaleciendo el papel de las ciudades en la reducción de la contaminación, la prestación de

⁶³ Prospectos de Urbanización Mundial, Revisión de 2014, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (páginas 1 y 8) <http://esa.un.org/unpd/wup/Highlights/WUP2014-Highlights.pdf>.

servicios ambientales y la gestión del uso de la tierra, transportación y vivienda, entre otros.

2.5 Industria y Medio Ambiente

El impacto de las leyes ambientales es ahora central a las actividades de muchas empresas mundiales. Las consideraciones del derecho ambiental son, por ejemplo, integradas en todas las etapas de fabricación, innovación, producción y distribución a la eliminación final.⁶⁴ Además, más allá de la ley, muchas empresas se adhieren voluntariamente a normas más estrictas que aquellos prescritos por los estatutos de la ley como parte de las prácticas de autorregulación de la industria.

Tanto las leyes ambientales domésticas e internacionales juegan un papel en la regulación de los impactos de la industria sobre el medio ambiente. Aunque las empresas estén sujetas al nivel doméstico, y por lo tanto, controladas a nivel nacional de la jurisdicción, incluso cuando funcionan como empresas multi-nacionales con muchas operaciones globales, los principios del derecho internacional ambiental han aplicado en leyes ambientales nacionales que regulan las acciones corporativas. Por ejemplo, una obligación legal para que las empresas desarrollen formas de un sistema de gestión ambiental ahora existe en varios países europeos, que es una extensión natural de la directiva multilateral de la UE, que faculta a los Estados a solicitar a los operadores para actuar en casos de amenaza inminente al ambiente.

En 2003, la Comisión Europea aprobó una comunicación sobre la Política de Producto Integrado (IPP, por sus siglas en inglés) que busca reducir el impacto ambiental causado por la fabricación, el uso y la eliminación de los productos. Es una combinación de herramientas voluntarias y obligatorias e incluye medidas ta-

⁶⁴ Ong.

les como instrumentos económicos, prohibición de sustancias, acuerdos voluntarios, la identificación ambiental y directrices de diseño de producto, que existen en todos los países de la región dadas las relaciones comerciales.⁶⁵ Ese mismo año, la ley de Promoción de Productos Limpios de China entró en vigor con su objetivo de reducir el nivel de contaminación resultante de la producción, servicio y uso de productos.⁶⁶

Otra tendencia creciente en leyes nacionales es la extensión de la responsabilidad más allá de la personalidad corporativa. En varias jurisdicciones nacionales, tales como Canadá, los Estados Unidos y el Reino Unido, la responsabilidad legal por el incumplimiento de una corporación de las leyes ambientales se ha extendido más allá de la personalidad jurídica de la corporación para los directores y funcionarios de la empresa.⁶⁷

Las leyes ambientales que regulan las actividades empresariales en última instancia sirven como fuerzas externas que actúan para castigar el daño corporativo para el medio ambiente, pero no hay discusión que los principios detrás de estas leyes se han interiorizado de manera positiva en el comportamiento de las empresas. Los académicos como ONG han debatido si los principios del derecho ambiental deben ser transferidos a través de la gestión empresarial que se define formalmente como parte del deber de los directores de las corporaciones.⁶⁸

⁶⁵ <http://ec.europa.eu/environment/ipp/home.htm>;

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-858_en.htm?locale=en

⁶⁶ CP Promotion Law in China, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.unep.org%2Fresourceefficiency%2FPortals%2F24147%2FBusiness-Resource%2520Efficiency%2FYinJie.ppt&ei=N1eVYDXBsrl-AG3_ICgCw&usg=AFQjCNEVybEX4Yn95hvACzta7axwc-nrBQ

⁶⁷ Ong.

⁶⁸ Ong.

Se consideren formalmente parte del trabajo de un director a la corporación o no las cuestiones, ONG categóricamente dice que las corporaciones que han ido más allá de los mínimos requerimientos de la ley ambiental han aumentado la internalización de las consideraciones ambientales.⁶⁹ Por ejemplo, la mayoría de las empresas de EE.UU han voluntariamente adoptado “políticas más allá de cumplimiento” que son más estrictas que los requerimientos de las leyes ambientales.

Las razones para esto tienen principalmente dos objetivos. Primero, los códigos de conducta voluntarios ambientales, tales como aquellos incluidos en las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, han formado parte de los estándares de la industria, lo que ha aumentado la adopción por las corporaciones que buscan adherirse a las “mejores prácticas”.⁷⁰ Segundo, en algunas jurisdicciones, el creciente reconocimiento del enfoque de las partes interesadas, donde los directores de las corporaciones consideran los intereses de las comunidades, empleados y otros grupos más allá de los socios, ha estimulado una consideración más cuidadosa sobre las preocupaciones ambientales. La tendencia más reciente del derecho ambiental es regular los procesos y comportamientos para prevenir los impactos en lugar de tener que abordarlos después.

2.6 Minería e hidrocarburos

Las consideraciones ambientales asociadas con la exploración, desarrollo, explotación minera y remediación de sitios de recursos naturales son especialmente importantes ya que el uso mundial de estos recursos aumenta con la expansión económica. Eso es especialmente cierto dado que estos recursos naturales,

⁶⁹ Ong.

⁷⁰ Ong.

⁷¹ Pring.

como el petróleo, gas y otros minerales, son recursos no renovables. No existe un tratado internacional comprensivo sobre las actividades de extracción de recursos. Estas actividades existen principalmente bajo la jurisdicción y leyes de los Estados, que, por supuesto varían enormemente en sus requerimientos y aplicación.

Si bien no existe una ley internacional de la minería, las evaluaciones (o estudios, EIA) de impacto ambiental se han convertido en un estándar internacional para los principales acontecimientos, tales como la minería. Las EIAs son las herramientas de gestión ambiental primarias, y como tales, son parte de los instrumentos principales del derecho ambiental. La mayoría de los requisitos de la EIA son procedentes de bancos de desarrollo multilaterales y de organismos de asistencia para el desarrollo y normas no vinculantes de las Naciones Unidas.

Algunos acuerdos regionales requieren las EIAs o el intercambio de información comparable; la Directiva EIA de la Unión Europea de 1985, por ejemplo, requiere que todos los Estados miembros adopten leyes de EIA. El Acuerdo ASEAN de 1985 sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales en el sudeste de Asia y el Convenio sobre la Protección del Medio Ambiente entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia de 1974 (Convenio Nórdico) son ejemplos adicionales de las leyes internacionales de la EIA para regiones geográficas particulares.⁷²

Desde una perspectiva doméstica, menos de la mitad de los países del mundo contiene leyes nacionales que requieran las EIA para operaciones mineras. Sin embargo, las compañías internacionales mineras progresistas realizan EIAs inclusivamente en situaciones en las que la legislación nacional no las exija, con

⁷² Pring.

el fin de evitar responsabilidades futuras por no cumplir “normas internacionales” de rendimiento. Aunque el reto de muchas EIAs es debido a cuestiones de procedimiento o criterio dentro del proceso.

En los tribunales de jurisdicciones locales, los ciudadanos, organizaciones ambientales, comunidades, organismos gubernamentales cada vez más están demandando a las operaciones de minería para la reparación de los daños al medio ambiente. Tales demandas, conocidas desde hace mucho en jurisdicciones como los Estados Unidos, ahora están surgiendo en los tribunales de otros países también. Un ejemplo famoso es el caso Chañaral en Chile donde los ciudadanos demandaron exitosamente una parte de la empresa estatal de cobre Codelco a finales de los 1980s para la remediación del daño ambiental causado por el vertimiento de los relaves de los tratamientos de minerales en el Río Salado y la Bahía de Chañaral. Del mismo modo, en el caso del Huasco, los agricultores y pescadores también demandaron exitosamente a la Compañía Minera del Pacífico por la remediación de la contaminación del aire y agua en su planta pelletizada en Huasco, Chile.⁷³

Un ejemplo más reciente es Pascua-Lama, un proyecto minero a lo largo de la frontera entre Chile y Argentina. Bajo un tratado entre los dos países, ratificado en el año 2000, los inversores están permitidos a explorar y explotar yacimientos minerales situados en la frontera entre los dos países. Pascua-Lama contiene oro, plata, cobre y otros minerales, con un 75% de los minerales en Chile y 25% en Argentina. Ha habido cierta controversia sobre el proyecto debido a su proximidad a los glaciares; sin embargo, en el 2006, la Comisión Nacional de Medio Ambiente de Chile aprobó el proyecto minero. Las aprobaciones de la Declaración del Impacto Ambiental (EIA), tanto en Chile, como en Argentina,

⁷³ Pring.

descartaron precisamente la eliminación de hielo, para abordar las preocupaciones medioambientales sobre el daño a los glaciares. No obstante, en el 2012, se presentó una demanda por los residentes locales y grupos ambientales reclamando que había daño a los glaciares, pero en marzo de 2015, un Tribunal Ambiental de Chile dictaminó que no existía el daño y que el proyecto podía continuar.⁷⁴ Aun así, la decisión está bajo consideración, y el proyecto ha dejado de funcionar temporalmente bajo la resolución de la autoridad de cumplimiento en Chile que requiere un sistema de gestión hídrico para las operaciones.⁷⁵ Adicionalmente, el programa de cumplimiento ambiental del Proyecto ha sido rechazado por resolución de la autoridad de cumplimiento, cual también ha sido cuestionado.⁷⁶

La industria de petróleo y gas, como parte de un campo más amplio de recursos, tampoco está sujeta a los tratados internacionales integrales. Quizás uno de los temas principales que rodean la explotación de petróleo y gas a nivel internacional es el aumento del “fracking”, ya que se ha convertido cada vez más controversial debido a sus posibles impactos sobre el medio ambiente. Los yacimientos convencionales de petróleo y gas son generalmente formaciones rocosas permeables donde el petróleo y/o gas han migrado naturalmente de rocas (esquistos) más profundas. El uso de técnicas hidráulicas de “fracking” (el uso de productos químicos para desgastar las capas de rocas), junto con la perforación horizontal (que se conoce como “fracking”) ha permitido la explotación de yacimientos no convencionales

⁷⁴ Ver “Could Mining Companies Be Left High And Dry? Seeking Alpha, Investing News Network” (Feb. 21, 2013) disponible: <http://seekingalpha.com/article/1210481-could-mining-companies-be-left-high-and-dry>.

⁷⁵ Res.Ex. N° 477, 24 mayo, 2013, Superintendencia del Medio Ambiente

⁷⁶ Res. Ex. N°7/ D-011-2015, 24 junio, 2015, Superintendencia del Medio Ambiente y Caso del Segundo Tribunal Ambiental: rol R-75-2015, disponible: http://consultas.tribunambiental.cl/ambiental_portal/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwEXYDPdGeq/+h7eqnh5UTnrnon/tYIF4x8joq9yB7oQ-V7Uwf7F7Hwi8uPQiilCXEFvRVcj2d25O9moMOExt04hVAZFizKhWuMx4A4v0sXU=

en fuentes de reservas de roca más profundas. Esta técnica ha sido eficaz en los EE.UU que la producción de gas natural ha aumentado significativamente y los precios han caído, por lo tanto, interesando a otras jurisdicciones.⁷⁷

Una alerta del 2012 del PNUMA señaló que los impactos de “fracking” en el medio ambiente y la salud plantean preocupaciones públicas legítimas. Mientras que ofrece beneficios económicos y de seguridad energética, el “fracking” de gas de esquisto presenta riesgos ambientales, de los cuales el PNUMA describe como inevitables, aunque exista un procedimiento apropiado de extracción. Estos varían desde la contaminación del agua y suelo hasta fugas de superficie o de forma inadecuada por el diseño del revestimiento de pozos, a los derrames de agua tratada inadecuadamente, el aumento de competencia por el uso de agua, y las emisiones fugitivas de gas con implicaciones para el clima global. Un número de otras cuestiones, relacionadas con la degradación del medio ambiente, también pueden ocurrir, incluyendo la contaminación del aire de los contaminantes volátiles, la contaminación acústica, los efectos negativos en los ecosistemas, las pérdidas de biodiversidad y la alteración del paisaje.⁷⁸

Las jurisdicciones domésticas están comenzando a desarrollar sus propios enfoques regulatorios debido al aumento de “fracking”. En general, la mayoría de las jurisdicciones han aplicado procedimientos regulatorios preexistentes y de aprobaciones previa antes de permitir que pueda ocurrir el fracking. Las reservas de gas de esquisto están casi siempre localizadas en áreas protegidas bajo la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América de la OEA de 1940 y otras convenciones.⁷⁹

⁷⁷ EIA Energy in Brief.

⁷⁸ PNUMA.

⁷⁹ Ver Fracking Frenzy: How the Fracking Industry is Threatening the planet, Friends of the Earth Europe (2014) páginas 7, 16, disponible: https://www.foeurope.org/sites/default/files/publications/fracking_frenzy_0.pdf.

Desde una perspectiva judicial, la consideración más relevante en los casos de minería es realmente comprender las diferentes cuestiones sustantivas y las leyes en consideración (tales como agua y aire), así como los procesos.

2.7 Comercio y Medio Ambiente

Existe una relación compleja entre el comercio internacional y el medio ambiente. Algunos argumentan que el aumento de la actividad económica asociada con el comercio, por definición, siempre resulta en mayor degradación del medio ambiente. En la Cumbre de Río de 1992, los gobiernos adoptaron una posición que las políticas comerciales y las políticas ambientales debían apoyarse mutuamente.

A medida que el enfoque de la liberación del comercio ha cambiado de reducir las tarifas a eliminar las barreras que no tienen tarifas, las negociaciones se han expandido a través de la reglamentación nacional que potencialmente pueden ser interpretadas como barreras sin tarifas al comercio.⁸⁰ La Unión Europea ha prohibido la importación de carne con hormonas añadidas bajo sus normas de seguridad alimentaria, a pesar que varias resoluciones de la Organización Mundial de Comercio (OMC) señalaron que no había base científica para la prohibición y que es una violación a las normas del comercio internacional. El potencial de conflictos similares aumenta e intensifica la integración global.⁸¹

⁷⁷ EIA Energy in Brief.

⁷⁸ PNUMA.

⁷⁹ Ver Fracking Frenzy: How the Fracking Industry is Threatening the planet, Friends of the Earth Europe (2014) páginas 7, 16, disponible: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/fracking_frenzy_0.pdf.

⁸⁰ Ver Daniel C. Esty, Bridging the Trade-Environment Divide, 15 J. of Econ. Perspective 113, 114 (2001) disponible : <http://www2.hawaii.edu/~noy/362texts/environment.pdf>.

⁸¹ Id.

Un enfoque en la interacción del apoyo mutuo entre el comercio y el medio ambiente ha sido reflejado en acuerdos comerciales subsecuentes. En el caso de los acuerdos comerciales bilaterales y regionales, la mayoría de países han negociado acuerdos paralelos de cooperación ambiental. Por ejemplo, los Acuerdos de Cooperación Ambiental han acompañado acuerdos comerciales bilaterales entre Canadá - Costa Rica, Canadá - Chile, y los Estados Unidos - Centroamérica. Ciertos acuerdos internacionales, tales como los discutidos en la sección previa de control de la contaminación y gestión de químicos, de forma explícita regulan o prohíben el comercio internacional en algunos bienes que se consideran perjudiciales para el medio ambiente.

Además, el Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) crea una excepción ambiental de las normas de libre comercio del acuerdo ya que las partes pueden sobrepasar las normas del acuerdo sobre el comercio “en relación con la conservación de los recursos naturales agotables”. El GATT, administrado por la Organización Mundial del Comercio desde la Ronda de Uruguay de 1994, es el estatuto gubernamental predominante respecto al comercio internacional. En particular, no ha habido esfuerzos exitosos para utilizar esta disposición de una excepción ambiental en conflictos comerciales ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC hasta la fecha.⁸²

Los acuerdos regionales también han reflejado preocupaciones ambientales. MERCOSUR ha incluido cooperación ambiental en su acuerdo de marco sobre medio ambiente firmado en el 2001. Las discusiones en esta área se han centrado activamente en el contexto de su grupo de trabajo 6 sobre el medio ambiente (SGT 6). La agenda de cooperación reconoce al medio ambiente en una posición beneficiosa en comparación con otros sectores. En lo que respecta al Acuerdo de Cooperación entre los EE.UU y

⁸² Manual de Capacitación del Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 24.

Centroamérica, las áreas prioritarias se encuentran en el acuerdo e incluyen el mejoramiento de los sistemas de gestión ambiental, el cumplimiento eficaz de la legislación ambiental, el desarrollo de bienes y servicios ambientales, la biodiversidad y conservación, y el intercambio de información relativa a la aplicación de los acuerdos multilaterales ambientales.⁸³ Otras cuestiones fundamentales relacionadas a los vínculos entre el comercio y el medio ambiente se relacionan con la capacidad de regular e implementar políticas públicas para la salud humana y la protección ambiental, vis a vis, los derechos del inversor. Existe un precedente en la región que establece que la negación de un permiso ambiental puede considerarse expropiación del derecho de invertir.⁸⁴

Algunos países, incluyendo Canadá,⁸⁵ los Estados Unidos,⁸⁶ y muchos países de la OCDE, requieren evaluaciones ambientales antes que el acuerdo comercial entre en vigor con otros países.⁸⁷ Estas evaluaciones ambientales están destinadas a determinar las consecuencias ambientales de la liberalización del comercio, y para permitir que los gobiernos y sus negociadores puedan tomar las consecuencias en cuenta en la negociación del acuerdo, o que se adopten otras medidas para mitigar las consecuencias ambientales.

⁸³ de Windt.

⁸⁴ Metalclad Corp. v. Estados Unidos Mexicanos

⁸⁵ 1999 Directiva del Consejo sobre la Evaluación Ambiental de propuestas de políticas, planes y programas. Ver <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/env/env-ea.aspx?lang=eng>.

⁸⁶ 1999 Orden Ejecutiva 13141.

⁸⁷ Ver Evaluaciones Ambientales de Acuerdos Comerciales, OMC (junio 22, 2010) disponible: http://artnet.unescap.org/tid/artnet/mtg/cbtr6_teh3.pdf.



3.1 Responsabilidad del Estado

Un principio aceptado del derecho ambiental es que los Estados tienen un deber general frente a otros Estados por causar daño ambiental transfronterizo en el incumplimiento de las obligaciones internacionales. Este principio fue expuesto en el arbitraje del caso Trail Smelter entre Canadá y los Estados Unidos sobre la responsabilidad de Canadá para una fundición situada dentro de las fronteras canadienses que tenía un efecto en el territorio de Estados Unidos. Esto causó un conflicto entre los agricultores de Washington y la compañía minera COMINCO; finalmente los gobiernos federales de Canadá y Estados Unidos se involucraron, y en 1935 se formó un Tribunal Arbitral de tres personas para resolver la disputa. La reclamación de Estados Unidos era que la fundición causó “daños invisibles” en la región, mientras que la compañía minera COMINCO logró limitar la definición de daños a daños reales, daños observables y daños económicos.

El tribunal arbitral declaró una obligación general por parte de un Estado para proteger a otros Estados de actos perjudiciales cometidos por individuos dentro de su jurisdicción, imponiendo la responsabilidad del Estado por contaminación transnacional. Esto estableció el principio que ningún Estado puede usar su territorio en una manera que causaría daños por contaminación del aire en el territorio de otro Estado. Este

fue el primer arbitraje internacional donde se aplicó el principio de 'quien contamina paga' en un contexto internacional.

Un caso más reciente que trata la responsabilidad del Estado en la región fue presentado ante la Corte Internacional de Justicia en 2007, y se disputó sobre una planta de celulosa en Uruguay con licencia para operar a lo largo del río Uruguay (el cual delimita la frontera entre Uruguay y Argentina). Argentina reclamó que esta planta contaminaba el río, causando daño a los ciudadanos argentinos quienes vivían cerca de dicha planta, por lo que demandó a Uruguay ante la CIJ, buscando una orden judicial diciendo que Uruguay había violado un tratado que requería que Uruguay consultara con Argentina antes de afectar al río.

En 2007, la CIJ dictaminó que no existía peligro inminente de daño irreparable en el momento, entonces cerrar la planta de celulosa sería injustificado, pero que Uruguay aun podía ser responsable a Argentina si más adelante en la sentencia final se encontraba que Uruguay efectivamente había violado las obligaciones del tratado.

En 2010, la CIJ dictaminó que la planta celulosa en Uruguay podía mantener sus operaciones. Se encontró que mientras que Uruguay había fracasado negociar sobre la planta con Argentina, no sería apropiado que Uruguay pagara los daños o desmantelara su operación.

El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 reafirmó la norma formulada en el arbitraje de Trail Smelter y en otros casos de la siguiente manera:

“De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional...la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al

medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

La norma se reiteró en el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992 y se confirmó de nuevo en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002. También se ha reafirmado en las declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas incluyendo la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y la Carta Mundial para la Naturaleza.

La responsabilidad del Estado, por lo tanto, opera en el ámbito del derecho internacional público. Establece una relación entre dos o más Estados: el Estado en el que se han hecho los daños y el Estado o Estados donde se ha producido el daño. El Estado donde las actividades perjudiciales han ocurrido, en lugar de alguna entidad privada, debe proporcionar recursos de reparación por el daño como consecuencia de la infracción cometida contra una obligación legal internacional establecida por un tratado o una norma de derecho internacional consuetudinario.⁸⁸

La cuestión si los Estados son estrictamente responsables de todos los daños ambientales transfronterizos, o si sólo es responsable de la conducta intencional, imprudente o negligente (la responsabilidad por culpa) no queda establecida; a pesar de que está surgiendo un consenso que la responsabilidad objetiva no aplica normalmente. Cabe destacar que el arbitraje Trail Smelter no aborda este punto. Sin embargo, en acontecimientos posteriores, el derecho internacional ambiental ha llegado a distinguir la responsabilidad que surge en caso de incumplimiento de una obligación internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de las actividades lícitas.⁸⁹

⁸⁸ Manual de Capacitación del Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 5.

⁸⁹ Kiss.

La responsabilidad absoluta en los tratados internacionales generalmente se limita a las áreas del medio ambiente relacionadas particularmente con actividades novedosas que son conducidas por agentes estatales. Por ejemplo, el Tratado sobre los principios que deben registrar las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestiales, contempla una responsabilidad estricta por los daños.

La Comisión de Derecho Internacional, a petición de la Asamblea General de la ONU en 2004, desarrolló un proyecto de principios sobre la Distribución de Pérdidas en caso de daño transfronterizo derivado de la realización de actividades peligrosas, cual fue aprobado provisionalmente por la Comisión en la primera lectura, y después de los comentarios por los Estados, aprobado en segunda lectura en mayo de 2006. Los artículos no son compatibles con la responsabilidad objetiva entre los Estados, a no ser que el propio Estado sea el operador, ya que en vez, consideran la responsabilidad objetiva por los daños en el operador de las actividades peligrosas que son tratadas.⁹⁰

3.2 Diversas clases de responsabilidad ambiental (administrativa, civil y penal)

Tal como es el caso en Europa,⁹¹ la cuestión del derecho ambiental se resume en tres tipos de regímenes de responsabilidad

- ▶ Responsabilidad administrativa
- ▶ Responsabilidad civil
- ▶ Responsabilidad penal

⁹⁰ Kiss.

⁹¹ Estudio comparativo sobre los regímenes de responsabilidad ambiental existentes y su aplicación, justicia y medio ambiente 2012, disponible: [http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2012/2012%20ELD%20study\(1\).pdf](http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2012/2012%20ELD%20study(1).pdf).

La responsabilidad administrativa, o los sistemas regulatorios públicos, como se les refiere entre los diferentes países de la región, son sistemas complejos. Sin embargo, se puede mencionar que la autoridad administrativa se aplica en varios niveles por lo general, nacionales, nivel provincial, o a nivel estatal, y al nivel local. En los últimos años, los países han avanzado en desarrollar procedimientos administrativos más estrictos y sofisticados que responden a los marcos regulatorios.



Los regímenes de responsabilidad administrativa o de responsabilidad pública generalmente se basan en el principio del que contamina paga – en esencia, que los contaminadores deben pagar por el daño que causan. Estos tipos de estructuras legales involucran la directa regulación gubernamental como medio de prevenir el daño ambiental y han sido tradicionalmente la principal fuente doméstica de protección ambiental. Hay un énfasis en la responsabilidad estricta que se ha vuelto una tendencia en la región. La responsabilidad estricta atiende a la naturaleza riesgosa de las actividades con el potencial de dañar el medio ambiente, y, por lo tanto, suprime la necesidad de establecer una conducta intencional o negligente que resulta en daños al medio ambiente y exige que el costo de cumplimiento o mitigación sea asumido por el presunto contaminador (de esta forma aplicando el principio de “quien contamina paga”).⁹²

⁹² Manual de Capacitación del Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 5.

Los regímenes de responsabilidad civil proporcionan teóricamente la posibilidad de que cualquier reclamante pueda obtener una reparación por los daños causados al medio ambiente, y en algunos casos incluso los daños causados a los recursos naturales dentro de propiedad privada.



Sin embargo, algunos regímenes tienen planteamientos específicos sobre esto, lo cual es especialmente importante ya que algunas jurisdicciones carecen de sistemas de responsabilidad legal ambiental por los daños ambientales, y en su lugar, las partes perjudicadas deben obtener la reparación a través del sistema de tribunales de derecho común.⁹³ En los sistemas continentales con el fin de determinar las responsabilidades por daños ambientales, algunos funcionan bajo la responsabilidad por culpa y algunos bajo la responsabilidad estricta. Sin embargo, como se ha mencionado previamente, lo anterior se ha convertido en una tendencia para ayudar a garantizar que la carga de la prueba sea llevada por la parte supuestamente contaminante que lleva a cabo una actividad ambiental riesgosa y no en el reclamante, que a menudo son las comunidades que carecen la capacidad legal y técnica para obtener una reparación o establecer responsabilidades a lo largo del procedimiento legal.

A lo largo de los años, la discusión se ha centrado más en la forma de definir los daños ambientales, en lugar de la normalización de los diferentes regímenes. Sin embargo, hay un problema de resultado ya que la definición general de los daños ambientales

⁹³ Larsson, página 396.

es independiente y diferente a la definición de daños, bajo, por ejemplo, el derecho de la ley común de acciones (agravio, molestias, etc.) Que permiten una compensación a través del sistema tribunal civil.⁹⁴ Los típicos esquemas de restitución y responsabilidad se centran en la pérdida remediable medida en términos económicos, pero esa cuantificación a menudo no es posible cuando se consideran situaciones que causan daños generales al medio ambiente. En algunas jurisdicciones, como en los Estados Unidos, el concepto de daño indemnizable se ha ampliado en efecto para incluir elementos especiales relacionados con el medio ambiente – como el temor a contraer enfermedades futuras por el daño ambiental.⁹⁵ En otra perspectiva, para establecer legalmente el daño ambiental es a menudo importante referirse a las normas de calidad, los límites permisibles y el impacto tolerable, que hacen una referencia legal y técnica a las autoridades reguladores o el sistema judicial para la determinación de los daños al medio ambiente cuando está abierto a la compensación o restauración.

La responsabilidad penal por el incumplimiento de la legislación ambiental doméstica es menos común en la mayoría de jurisdicciones. No obstante, diversos acuerdos multilaterales hacen un llamado a los procesos penales por delitos graves internacionales contra el medio ambiente – por ejemplo, el Acuerdo de Lusaka de 1994 sobre operaciones conjuntas de represión del comercio ilícito de fauna y flora silvestres, y varias leyes nacionales si ofrecen la posibilidad de sanciones penales por ambos delitos intencionales y negligencia grave.



⁹⁴ Larsson.

⁹⁵ Lin.

Generalmente, el principio rector en la aplicación de dichas sanciones debe ser para significar la desaprobación social de tal comportamiento y disuadir este tipo de comportamiento en el futuro. Las sanciones por infracciones penales pueden incluir multas, servicio comunitario, o prisión.⁹⁶ En los últimos años, muchos países han introducido un régimen penal para juzgar crímenes ambientales, tales como el comercio ilegal de fauna y flora, la deforestación y otros tipos de daños intencionados o negligentes al medio ambiente.⁹⁷

Al considerar qué tipo de sanciones se deben aplicar en caso de incumplimiento penal de la ley, los tribunales generalmente consideran criterios como la gravedad de la infracción, la capacidad de pago del infractor, las ganancias económicas, el principio de quien contamina paga (es decir, la internalización de los costos del comportamiento impuestos en la sociedad) y los costos de remediación. Las grandes sanciones financieras se imponen cada vez más por empresas que cometen infracciones ambientales. Las acciones penales contra funcionarios de la empresa siguen siendo, no obstante, una opción comúnmente utilizada en casos de violaciones graves.⁹⁸

⁹⁶ Kiss y Shelton, Capítulo 6.

⁹⁷ Ver Código Penal del Perú (Título III, Crímenes contra los recursos naturales): <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Predictamen-Nuevo-Código-Penal.pdf> y el Boletín Chileno: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7228&prmBL=6829-01

⁹⁸ Kiss y Shelton, Capítulo 6.



4.1 Categorías del daño ambiental (individual y colectivo)

El daño ambiental se define de distintas maneras entre los sistemas legales de la región. Además, no existe una definición acordada del daño ambiental desde una perspectiva multi-lateral pese a que diversos instrumentos internacionales se refieren al término. Sin embargo, la mayoría de los países de la región con sistemas jurídicos han intentado definir el daño ambiental dentro de sus estatutos y reglamentos locales. Springer propone que la distinción fundamental al tomar en consideración este concepto es si el daño ambiental es al “hombre y su propiedad” o al medio ambiente.⁹⁹

Desde una perspectiva del derecho internacional, el concepto del daño ambiental no se ha definido formalmente en la jurisprudencia. Inicialmente, los casos de derecho ambiental internacional, como el caso histórico *Trail Smelter*, no consideraban los daños ambientales como una clasificación separada a las demandas generales de daños. En 1977, Hungría y Checoslovaquia firmaron un tratado para construir un sistema de presas en el río Danubio para prevenir inundaciones, mejorar la navegación y producir electricidad limpia. Una parte del plan era desviar parte

⁹⁹ Larsson.

del río en un canal artificial a una planta de energía hidroeléctrica, a lo largo de la frontera entre Hungría y Checoslovaquia. Como parte del tratado, Hungría tuvo que participar en la construcción en el territorio de Checoslovaquia, y la electricidad producida sería compartida entre ambos países.

En 1989, debido a las preocupaciones en Hungría de que la presa pudiera crear un daño ecológico, Hungría suspendió la construcción del proyecto, y luego solicitó terminar el tratado. En respuesta, Checoslovaquia cambió su plan unilateralmente y desvió el Danubio a su propio territorio con el fin de mantener la construcción integralmente dentro de su territorio. Esto disminuyó drásticamente la cantidad de agua que fluía en Hungría y tuvo un efecto dramático en el suministro de agua y en el medio ambiente del país.

En 1993, Hungría y la recién formada República Eslovaca acordaron presentar su disputa ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Esta fue la primera vez que la CIJ solventaría un conflicto ambiental. En 1997, la Corte dictaminó que ambos países habían violado el Tratado de 1977 y que debían negociar de buena fe para lograr los objetivos del tratado, y también dictaminó que cada país tenía que compensar a cada uno por los daños causados por su conducta.¹⁰⁰ Este caso también ilustra la relevancia del concepto de desarrollo sostenible en el contexto de la legislación ambiental, según el extracto de la opinión citada por el vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia, reafirmando que debe existir desarrollo y protección ambiental, y que ninguno de estos derechos puede ser ignorado.¹⁰¹ Esta opinión citada reúne los principales conceptos diferenciados de daños al medio

¹⁰⁰ Seita Romppanen, Reflections on Environment Responsibility, University of Iceland Faculty of Law, disponible: http://skemman.is/stream/get/1946/4384/12758/1/Thesis_Seita_Romppanen_fixed-2.pdf.

¹⁰¹ Ver Modulo II. Corte Internacional de Justicia, Caso Proyecto Gabcíkovo-Nagyymaros (Hungría/Eslovaquia) Dictamen separado del Vice-Presidente Weeramantry p.95:<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>

ambiente y el desarrollo sostenible.

Varios instrumentos internacionales se refieren a los daños ambientales o a términos similares sin una definición. Por ejemplo, en la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992, los principios se refieren únicamente que la “contaminación” debe ser evitada con el fin de proteger al medio ambiente, pero no proveen ninguna definición explícita.

La OCDE ha sugerido la siguiente definición general de la contaminación: “la introducción por la humanidad, directa o indirectamente, de sustancias o energía en el medio ambiente resultando en efectos perjudiciales de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos y sistemas ecológicos, servicios o interfiera con otros usos legítimos del medio ambiente”. Larsson resalta que las características clave de esta definición son que la contaminación – el efecto perjudicial o el “daño” – debe ser provocada por el hombre mediante la adición de sustancias al medio ambiente; que crea un peligro; y que la definición está orientada a salvaguardar el uso humano y consumo de recursos del medio ambiente.¹⁰² Un tema relacionado es la responsabilidad asociada por daños ambientales. La mayoría de los regímenes internacionales de responsabilidad, como se ha discutido en la sección anterior, son los regímenes de responsabilidad civil. En consecuencia, la obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios se asigna a las entidades individuales. El daño ambiental puede concentrarse cuando la fuente es fácilmente identificable o difusa cuando hay muchas fuentes y son difíciles de identificar. Los daños al medio ambiente pueden ser permanentes o acumulativos y progresivos que llevan a otros daños. Desde una perspectiva jurídica, un desafío importante es entender la noción del daño ambiental en un caso particular, es-

¹⁰² Larsson.

pecialmente cuando los daños pueden ser ilimitados y continuos con el potencial de expansión y multiplicación.¹⁰³

Desde la perspectiva de una definición de EE.UU sobre el daño al medio ambiente, tal se centra en los costos de las acciones de respuesta al daño, pero sólo implica los “recursos naturales” – un término que en realidad se compone solamente de los recursos propios del gobierno de EE.UU, según su respectiva ley. Por el contrario, la Directiva sobre responsabilidad medioambiental de la UE se refiere de manera más amplia al daño.¹⁰⁴ En el caso de algunos países de la región con sistemas de derecho continental, el daño ambiental ha incluido no sólo a las especies protegidas, hábitats, el agua y la tierra, sino que también ha introducido el impacto social asociado, y en esos casos, los reclamos ambientales pueden ser solicitados de forma individual o colectiva. Dada la complejidad y el carácter evolutivo del medio ambiente y el rol del poder judicial en la aplicación del principio precautorio, que va más allá de la restauración y compensación, el entendimiento de la naturaleza de los daños ambientales se vuelve crítico en el tratamiento y la gestión del riesgo relacionado.

4.2 Riesgo

La interacción entre las actividades humanas y el medio ambiente plantea diferentes riesgos que pueden tener graves consecuencias. De acuerdo a la teoría de Beck, el estudio del derecho ambiental es el estudio de la sociedad en riesgo, de los hechos y la comprensión científica de los actuales problemas ambientales. Estos problemas o desafíos son responsables de las reacciones legales y de las nuevas soluciones sociales derivadas para

¹⁰³ Peña Chacón, Mario.

¹⁰⁴ Responsabilidad por daño ambiental, OCDE, disponible <http://www.oecd.org/env/outreach/50244626.pdf>

equilibrar el riesgo.¹⁰⁵ Un equilibrio político del riesgo ambiental asociado con la autorización de determinadas actividades sustenta la reglamentación domestica adoptada por un estado. No obstante, hay ciertos parámetros que se consideran parte del derecho internacional.

El “principio de prevención” está reflejado en varios tratados internacionales, y se originó en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y el Artículo 2 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

*El principio de prevención pretende que los Estados anticipen y eviten el daño ambiental antes que ocurra. Se otorga la responsabilidad a los Estados para asegurar que las actividades bajo sus jurisdicciones no causen daño a las áreas ambientales fuera de su jurisdicción nacional. Por lo tanto, se puede interpretar como una obligación a los Estados Miembros a realizar evaluaciones previas de las actividades que pueden ser potencialmente peligrosas.*¹⁰⁶

Además, el “principio precautorio” es otro principio del derecho internacional ambiental, que extiende las medidas preventivas en situaciones inciertas. El Principio 15 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, establece que

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.

¹⁰⁶ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 3.

El resultado directo es que los Estados tienen la responsabilidad de, entre otros, actuar para reducir el riesgo de daño incluso en incertidumbre. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia Europeo mantuvo la decisión de la Unión Europea de prohibir las exportaciones de carne durante la crisis de las “vacas locas”, afirmando que las instituciones podrían tomar medidas proactivas en tiempos de incertidumbre científica.¹⁰⁷

Estos principios se reflejan en la legislación nacional secundaria en varias jurisdicciones. Los principios de prevención y precautorio se encuentran evidentes especialmente en los esquemas regulatorios en algunas jurisdicciones como de los Estados Unidos y la mayoría de los países de la región – particularmente los relacionados con sustancias tóxicas, con efectos inciertos – que abordan el riesgo de daño, en lugar del daño en sí mismo. Estos esquemas regulatorios “basados en riesgo” en contraste a los énfasis tradicionales de la ley común que comprueban los daños se basan en prevenir el daño antes que ocurra. Estos tipos de esquemas utilizan medidas, tales como exigir aprobaciones por parte del gobierno, permisos y monitorear el cumplimiento para asegurar que el daño no se produzca.¹⁰⁸

El caso en Brasil de Acumuladores Ajax presenta un buen ejemplo en este contexto donde el Tribunal Supremo estableció que la regla general es prevención y se inclina cada vez más a la precaución con respecto a los riesgos ambientales y a la población. “La regla en la legislación brasileña es que la exposición de la salud humana es suficiente para la aplicación de sanciones (e-STJ, fl. 552)”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Manual de Capacitación sobre Derecho Ambiental Internacional, Capítulo 3.

¹⁰⁸ Lin.

¹⁰⁹ Caso Nº 1.310.471 - SP (2011/0293295-2 “ACUMULADORES AJAX”, Tribunal Superior de Justicia del Brasil, contaminación por plomo.

4.3 Degradación

La Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres de las Naciones Unidas define la degradación ambiental como “la disminución de la capacidad del medio ambiente para responder a las necesidades y a los objetivos sociales y ecológicos”, y la ONU identificó en el 2004 la degradación ambiental como una de las diez principales amenazas para el futuro de la humanidad.¹¹⁰ En términos generales, la degradación ambiental se refiere al deterioro del medio ambiente a través del agotamiento de los recursos naturales.

En el contexto internacional, la degradación se refiere en general a las amplias preocupaciones que incluyen la desertificación, el cambio climático, y la contaminación atmosférica. Los tratados multilaterales y las regulaciones estatales abordan principalmente estas preocupaciones que han sido discutidas en las secciones anteriores. El nivel actual de menciones de la degradación ambiental en jurisdicciones domésticas es algo limitada ya que se percibe como una cuestión política. Por ejemplo, los esfuerzos de los gobiernos estatales de los Estados Unidos para demandar a las empresas eléctricas por contribuir a la degradación ambiental a través de las emisiones han sido desestimados en los tribunales respectivos indicando que el equilibrio entre la protección del medio ambiente y del comercio debe ser abordado por el poder legislativo.¹¹¹

Sin embargo, muchas cuestiones de la degradación ambiental también tienden a ser más localizadas, precisas e inmediatas en su naturaleza. La degradación de la base de un recurso específico puede resultar en la disminución de la producción – por ejemplo, la reducción de la fertilidad del suelo puede producir

¹¹⁰ Guth

¹¹¹ Guth

menos rendimientos, y el deterioro de la calidad del agua puede afectar la pesca.¹¹² Tales problemas son de gran preocupación para los habitantes de los alrededores, con impactos directos sobre los medios de vida, la seguridad alimentaria y la salud, y también parecen más propensos en el ámbito de competencia de los tribunales nacionales.

Un ejemplo reciente de la degradación, el impacto y la responsabilidad asociada fue el derrame petrolero de Deepwater Horizon en el Golfo de México de 2010, donde millones de barriles de petróleo se derramaron en el Golfo de México, causando impactos inmediatos a empresas e individuos de los estados vecinos en los Estados Unidos: Luisiana, Texas, Florida, Mississippi y Alabama. El daño fue extendido – causando grandes daños a los hábitats marinos y de fauna cuales produjeron disminución inmediata en la pesca y el turismo en la región. En consecuencia, la responsabilidad asociada de BP es bastante compleja y multidisciplinaria. Uno de los componentes de la responsabilidad de BP, la pérdida económica debida a la pérdida de ingresos para los pescadores, operadores de turismo y otras empresas como consecuencia de los daños causados al medio ambiente, resultaron en el acuerdo de un valor estimado de \$7.8 a \$9.0B (U.S.) dictaminado en la corte. BP también fue declarado civilmente responsable por los costos de limpieza y otras reclamaciones por daños, y penalmente responsables de las muertes por homicidio de sus 11 empleados de la plataforma petrolera. La responsabilidad administrativa en virtud de leyes estadounidenses relacionadas aún está pendiente de la resolución ante una demanda civil.¹¹³

¹¹² Environmental Degradation, Global Policy Forum, disponible: <https://www.globalpolicy.org/social-and-economic-policy/the-environment/environmental-degradation.html>.

¹¹³ Ver Módulo II

4.4 Atribución, imputabilidad y causalidad

En el ámbito internacional, generalmente hay poco análisis de la causalidad de la acción detrás del daño al medio ambiente. Las cuestiones complejas de causalidad a menudo se tratan mediante el establecimiento de fondos de compensación donde todas las partes de la actividad peligrosa contribuyen a las compensaciones por los daños eventuales, reconociendo que es a menudo difícil identificar contaminantes específicos y establecer una relación causal.

Este enfoque de la causalidad se refleja en los esquemas de derecho público en las jurisdicciones nacionales. Como se menciona en la sección anterior sobre tipos de responsabilidad, el enfoque de la regulación gubernamental en este sentido es de internacionalizar el costo de los daños al que contamina – el principio “el que contamina paga” – y por lo tanto, a pesar del requisito formal de la causalidad, la interpretación judicial moderna en algunas jurisdicciones ha sido considerar la causalidad en sentido amplio y de una manera liberal para la regulación de las violaciones¹¹⁴ Cabe destacar que en jurisdicciones como la de los Estados Unidos, algunos regímenes públicos de responsabilidad, tales como la Ley de Respuesta Ambiental Exhaustiva, Compensación y Responsabilidad Pública de EE.UU., CERCLA, por sus siglas en inglés, no contienen referencias legales a la relación “causal” que conduce a una interpretación muy liberal del umbral necesario para comprobar la causalidad.¹¹⁵ Generalmente, la violación de los esquemas regulatorios que penalizan ciertas acciones, por ejemplo, el vertimiento sin permiso, no requieren la prueba de la causalidad del daño con el fin de generar una responsabilidad.¹¹⁶ Sin embargo, en las demandas civiles ambienta-

¹¹⁴ Larsson.

¹¹⁵ Patricia Lin & Tom Starnes, Establishing Liability under CERCLA, ABA Brown Bag Series (2000), disponible:

¹¹⁶ Kiss y Shelton, Capítulo 5.

les se requiere causalidad bajo el régimen basado en culpa, así como en los sistemas ambientales de responsabilidad objetiva.

No obstante, la carga de la causalidad generalmente todavía se aplica en los casos de los tribunales relacionados con las demandas de daños ambientales. Por lo tanto, la dificultad de demostrar la relación causal en el contexto del derecho ambiental sigue siendo una barrera para la recuperación de los daños civiles en muchas jurisdicciones. Por ejemplo, en Estados Unidos, un demandante debe probar tanto la causalidad general – es decir, que un contaminante pudo haber causado el daño y la causa específica – es decir, que el contaminante fue la causa del daño.¹¹⁷ A menudo esto requiere aportar prueba científica, lo cual es difícil, debido a la falta de certeza acerca de los efectos de las sustancias tóxicas. Además, la duración y el tiempo de exposición de la sustancia nociva reclamada para el demandante y la posibilidad que otros contaminantes también se presten, a menudo puede obstaculizar las demandas.¹¹⁸ El ejemplo de los Estados Unidos resalta la importancia de que los daños pueden evaluarse a pesar de la atribución, teniendo en cuenta que los daños ambientales pueden concentrarse cuando la fuente es fácil de identificar o se difunde cuando existen muchas fuentes y son difíciles de identificar o dispersar.¹¹⁹

Por otra parte, este ejemplo demuestra que el acceso a la información por los ciudadanos es clave en muchos casos relacionados a los daños y los efectos de la contaminación. Esto se ilustra claramente en la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el caso de Domitilda Ro-

sario Piche Osorio, v/ Ministro y Viceministra del Medio Ambiente y Recursos Naturales.¹²⁰

4.5 Responsabilidad emergente del daño ambiental

La responsabilidad emergente del daño ambiental es análoga al concepto de la amenaza emergente del daño. La amenaza emergente del daño es un concepto que coincide en gran parte con el enfoque o principio precautorio, y se puede describir como un conjunto de tres elementos sustantivos, con el objetivo final de prevenir daños:

- ▶ (1) el uso del umbral de “amenaza emergente”, definición que puede variar dependiendo del instrumento gubernamental;
- ▶ (2) la identificación o reconocimiento de la “amenaza emergente”, que puede variar dependiendo del contexto en el que el concepto ha sido adoptado o puesto en práctica; y
- ▶ (3) en la identificación de una amenaza que sobrepasa el umbral; un deber para una respuesta que implica la notificación o medidas preventivas.¹²¹

En el contexto del derecho ambiental, la amenaza emergente del concepto de daños generalmente les permite a las autoridades la capacidad de requerir acciones inmediatas de los contaminado-

¹¹⁷ Lin.

¹¹⁸ Kiss y Shelton, Capítulo 5.

¹¹⁹ Peña Chacón, Mario.

¹²⁰ 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)

¹²¹ El Concepto de la amenaza inminente del daño y sus implicaciones legales y técnicas (CBD)

res (potenciales) en los casos donde sus actividades representan una amenaza emergente para el medio ambiente. Una serie de instrumentos internacionales abordan, de una forma u otra, el concepto de la amenaza emergente del daño, con el objetivo de imponer la obligación de tomar medidas preventivas para proteger el medio ambiente.

Un ejemplo de este concepto en la práctica (otros ejemplos se pueden encontrar en las lecturas) es la Directiva de 2004 de la Unión Europea sobre la responsabilidad ambiental,¹²² que establece un marco de responsabilidad de amenaza emergente del daño ambiental. La Directiva define la amenaza emergente del daño como “una suficiente probabilidad de daños ambientales en el futuro”.

La Directiva contiene disposiciones de “aplicación inmediata”, que otorgan un derecho a los agentes (potenciales contaminadores) para llevar a cabo medidas para prevenir y notificar a la autoridad competente de una amenaza emergente del daño ambiental. Especialmente donde hay una amenaza emergente de daño ambiental, la autoridad competente designada por cada Estado Miembro puede exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias, o sí el daño ya se ha producido, le puede requerir al operador que tome medidas de reparación necesarias. En particular, la autoridad competente (por lo general un organismo gubernamental) no tiene la obligación de llevar a cabo medidas de restauración o preventivas. Sin embargo, si se opta por aplicar esas medidas, la autoridad competente puede asegurar un embargo de bienes inmuebles del operador o tomar garantías.

¹²² Resumen de Directiva 2004 Responsabilidad Ambiental, Europa (Unión Europea), disponible: http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/interaction_with_other_policies/l28120_en.htm

4.6 Prescripción

Las normas de prescripción son disposiciones legales que sirven para restringir el tiempo máximo después de un evento para iniciar procesos judiciales. Como norma general, las jurisdicciones han promulgado ciertos periodos de tiempo dentro de los cuales los reclamantes deben tomar medidas en que sabían o debieron haber sabido sobre un daño reclamado. La atribución objetiva del conocimiento se presenta en la mayoría, pero no todas, jurisdicciones. En muchas jurisdicciones, un límite externo (mayor tiempo), a partir período real del incidente (independientemente del conocimiento) también sirve para impedir reivindicaciones.

El doble enfoque de un plazo de prescripción que se ejecuta desde el punto de conocimiento (atribuido) y un plazo de prescripción más largo se refleja en la legislación nacional e internacional. Por ejemplo, desde un punto de vista doméstico, las responsabilidades medioambientales de las normas alemanas operan con un plazo de prescripción de tres años desde que el reclamante está alerta del daño, y el individuo causante junto con un período de limitaciones generales de 30 años a partir de la fecha del incidente.¹²³ En muchas jurisdicciones, las normas de prescripción en demandas civiles existen en su totalidad. Por ejemplo, el sistema judicial canadiense aplica un enfoque doble parecido, a pesar de los que los límites varían de una provincia a otra. En algunos países de la región con sistemas de código civil, las normas de prescripción existen para las demandas ambientales que oscilan entre 3 y 10 años. Dicho esto, este enfoque es parte de los institutos clásicos de ley que según muchos autores deben ser revisados en base a la naturaleza difusa y proceso del daño ambiental y su complejidad.

¹²³ Larsson, página 354.

“Los institutos clásicos de prescripción deben ser re-interpretados en aras de los principios del derecho ambiental con el fin de evitar que la incertidumbre en las cuestiones ambientales y el tiempo se conviertan aliados para los contaminantes, permitiendo su impunidad y la prevención de la restauración y la indemnización por daños y perjuicios derivados de la degradación ambiental.”¹²⁴

Un enfoque similar a la imposición de prescripción se encuentra en los tratados multilaterales. Tanto el Convenio CRTD (sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas) y el Convenio CLC (Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por hidrocarburos), por ejemplo, establecen que una acción debe ser interpuesta dentro de tres años desde que el daño ocurre o fue debidamente conocido, junto con una limitación de todas las acciones que iniciaron dentro de los diez años del incidente.¹²⁵

Más allá de los plazos establecidos por las leyes reguladoras, se limita el derecho de un demandante a la indemnización y la capacidad de solicitar reparación a los tribunales. Estas limitaciones pueden ser de especial importancia en el contexto del derecho ambiental, en particular, el elemento de conocimiento, como cuando los efectos de los incidentes no son descubiertos inmediatamente. Sin embargo, esta es una cuestión que ha recibido atención recientemente en la región, como en el caso de la Constitución de Ecuador (2008) que había suprimido la prescripción de un caso de daño ambiental con el fin de fomentar la otorgación de una compensación ambiental y restauración. Este caso es consistente con la teoría mencionada previamente de la continuidad de los daños ambientales y la naturaleza dinámica de los ecosistemas.

¹²⁴ Peña Chacón, Mario.

¹²⁵ Larsson, página 203.



Recursos Naturales, Medio Ambiente y Ecología

1. Dinah Shelton and Alexandre Kiss, JUDICIAL HANDBOOK ON ENVIRONMENTAL LAW, United Nations Environment Programme, Chapters 7, 8, 11 and 12.
2. TRAINING MANUAL ON INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, United Nations Environment Programme, Chapters 8, 12 and 15.
3. Harro Van Asselt, *Managing the Fragmentation of International Environmental Law: Forests at the Intersection of the Climate and Biodiversity Regimes*, in NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS (JILP), 44(4), 1205-1278, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1703186.
4. Gruber, Stefan. *The Impact of Climate Change on Cultural Heritage Sites: Environmental Law and Adaptation* in CARBON AND CLIMATE LAW REVIEW 209-219 (2/2011), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285741.

Temas Sectoriales

1. Dinah Shelton and Alexandre Kiss, JUDICIAL HANDBOOK ON ENVIRONMENTAL LAW, United Nations Environment Programme, Chapter 16.
2. TRAINING MANUAL ON INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, United Nations Environment Programme, Chapters 10, 12, 24 and 26.
3. Carmen Bullón Caro, Elisa Morgera and Marín Gracia Durán, *Organic Agriculture*

and the Law, Food and Agriculture Organization of the United Nations (2012), available at < <http://www.fao.org/docrep/016/i2718e/i2718e.pdf>.

4. *Legal Framework Analysis for Rural and Agricultural Investment Projects: Concepts and Guidelines*, FAO Legal Paper Online No. 12 (2000), available at https://www.responsibleagroinvestment.org/sites/responsibleagroinvestment.org/files/FAO_Ag%20Investment%20Analysis_Legal.pdf.
5. Jacqueline Peel and Lee C. Godden and Rodney Keenan, Climate Change Law in an Era of Multi-Level Governance, in TRANSNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, VOLUME 1, ISSUE 2, 2012, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030547.
6. Robin Kundis Craig, *Stationarity is Dead - Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law*, in HARV. ENVTL. L. REV. 9 (2010), available at < http://www.law.harvard.edu/students/orgs/elr/vol34_1/9-74.pdf>.
7. John Burrit McArthur, *International Environmental Law: Can it Overcome its Weaknesses to Create an Effective Remedy for Global Warming?* in 10 SANTA CLARA J. INT'L L. 253 (2013), available at <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=scujil>.
8. Nicholas A. Robinson, *Urban Environmental Law: Emergent Citizens' Rights for the Aesthetic, the Spiritual, and the Spacious*, PACE LAW FACULTY PUBLICATIONS, PAPER 390 (1976), available at <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1042&context=ulj>
9. William Onvizu, *International Environmental Law, the Public's Health, and Domestic Environmental Governance in Developing Countries*, AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW 21:4 (2006): 597-684, available at [\[talcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=auilr\]\(http://talcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=auilr\)](http://digi-</div><div data-bbox=)

10. David M. Ong. *The Impact of Environmental Law on Corporate Governance: International and Comparative Perspectives*, in EUR J INT LAW (2001) 12 (4): 685, available at <http://www.ejil.org/pdfs/12/4/1540.pdf>.
11. G.W. (Rock) Pring, *International Law and Mineral Resources, Mining, Environment and Development*, UNCTAD Occasional Paper Series, No. 2 (1999), available at <http://www2.udel.cl/alfatl/intro/docs/pring.pdf>.
12. *The Effects of Trade Liberalization on the Environment*, Trade and Environment at the WTO, The World Trade Organization (2004), pp. 22-34, available at <http://www.oas.org/en/sedi/dsd/ELPG/pastProjects/Documents/The%20Effects%20of%20Trade%20Liberalization%20on%20the%20Environment.pdf>.
13. **BIDART CAMPOS, Germán J.** “Los intereses difusos mezclados en una cuestión de Derecho Minero”, ED 142-457.
14. **CAFFERATTA, Néstor A.:** “Comunidad indígena, actividad minera y medio ambiente”, RDA 4, p. 201, Octubre / Diciembre 2005, Lexis Nexis.
15. **EMBED TELLO, Antonio Eduardo:** “La creciente dependencia técnica del derecho ambiental ¿Avance o retroceso en la protección frente a la contaminación industrial?”, Revista de Derecho Ambiental N° 35, p. 153, Abeledo Perrot
16. **EMBED IRUJO, Antonio:** “Agua y agricultura”, Monografías, (Director), THOMSON REUTERS – CIVITAS, 2011
17. **ESAIN, José – GARCÍA MINELLA, Gabriela:** “Proceso y ambiente: Mucho más que ...Corte a la contaminación”, RDA 7 Julio / Septiembre 2006, p. 220, Lexis Nexis.

18. **MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo J.**, “Concepto y definición jurídicos de contaminación”, Revista AyRN, vol. I, n. 2, Abril – Junio 2004, p. 36.-
19. **MOREIRA MARCHESAN, Ana N:** “La importancia de la preservación del patrimonio cultural en la posmodernidad” p. 49 Derecho ambiental en evolución 4 Juruá 2005.-“La tutela del patrimonio cultural sobre el enfoque del derecho ambiental”, Librería Do Advogado Editora, Porto Alegre 2007. “Tutela jurídica do paisagem no espaço urbano”, Revista de Derecho Ambiental N° 21, p. 153, Abeledo Perrot.
20. **PINTO, Mauricio:** “La prevención del impacto ambiental y la actividad minera”, en Revista Voces Jurídicas, La Ley Gran Cuyo, Año 4, N° 1, febrero 1999. “La percepción del cambio climático en los institutos del derecho de aguas. Una aproximación desde el régimen mendocino”, Revista de Derecho Ambiental N° 18, p. 251, Abeledo Perrot. “El régimen sancionatorio ante riesgos de contaminación hídrica: aplicación jurisprudencial de los principios de prevención, precaución y responsabilidad ambiental”, Revista de Derecho Ambiental N° 35, p. 228, Abeledo Perrot.

Responsabilidad Civil

1. Christina Voigt, *State Responsibility for Climate Change Damages*, in 77 NORDIC J. INT'L L. 1 (2008), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1145199
2. Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Strict Liability in International Environmental Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 345, available at http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2046&context=faculty_publications.
3. Andrea Laura Mackielo, *Core Rules of International Environmental Law*, in 16 ILSA J. INT'L & COMP. L. 257 (2009-2010).

4. **PIZARRO, Ramón D.:** “Responsabilidad del Estado”, portada, Revista de Responsabilidad y Seguros, Año XIII, N° 7, julio de 2011, La Ley

Daños

1. Marie-Louise Larsson, *Legal Definitions of the Environment and of Environmental Damage*, Stockholm Institute for Scandinavian Law (2009), available at <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/38-7.pdf>.
2. Albert C. Lin, *The Unifying Role of Harm in Environmental Law*, in Wis. L. Rev. 897 (2006), available at <http://www.law.ucdavis.edu/faculty/Lin/files/The-Unifying-Role-of-Harm-in-Environmental-Law.pdf>.
3. **ACCIARRI, Hugo A.- STIGLITZ, Gabriel:** “Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de Daños”, Rev. del Foro de Cuyo, tomo 9, 1993.
4. **CAFFERATTA, Néstor A.:** “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo” Ley 25675, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, N° II, marzo - abril 2003, p. 51. “Daño ambiental. Jurisprudencia”, LL, 2003-G-1339./ “La prueba del daño ambiental”, JA, 2005-IV-1407.
5. **PIZARRO, Ramón D.:** “Responsabilidad civil por daño ambiental”, p. 261, en Tutela Jurídica del Ambiente, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Julio 2008, ADVOCATUS.
6. **PNUMA:** “La responsabilidad por daño ambiental en América Latina”, José Juan González Márquez, PNUMA ORPALC, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental 12, 2003.- “Valoración del daño ambiental”, PNUMA- ORPALC. Manuel Castañón del Valle. Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental, 15, 2006.
7. **PEÑA CHACÓN, Mario:** “Daño, responsabilidad y re-

paración del medio ambiente”, Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 30, 2006.-

8. **RODRIGUEZ SALAS Aldo:** “Daño, riesgo y seguros ambientales”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, p. 52, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Año XIII, N° 3, marzo 2011, p. 28, La Ley.
9. **RODRIGUEZ, Carlos A.** “El largo camino para la implementación práctica de los seguros ambientales por daño ambiental colectivo”, JA, 2007- IV, fascículo N° 2, p. 72, 10/10/2007.
10. **ROJAS, Jorge A.** “Dificultades probatorias y excepciones en el proceso de daño ambiental”, p. 227, en p. 21, en Revista de Derecho de Daños, “Daño Ambiental”, 2011-1, Rubinzal Culzoni.
11. **SABSAY, Daniel A.** – DI PAOLA, María Eugenia: “El Daño Ambiental Colectivo y la nueva Ley General del Ambiente”, ADLA, Bol. Inf. 17 / 2003, p.1.
12. **ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde:**“El daño colectivo”, en Derecho de Daños, Primera Parte, La Rocca, BsAs, 1989.



Diseño vitral escultural “A mano 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