



Congreso Interamericano sobre el  
**Estado de Derecho en Materia Ambiental**

Ensayos Seleccionados



Organización de los Estados Americanos | Más derechos para más gente



World Commission on Environmental Law  
 Commission Mondiale de Droit de l'Environnement | Comisión Mundial de Derecho Ambiental



## DERECHO DE AUTOR© (2015)

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.

Diseño, diagramación e ilustraciones: María Montas

### OAS Cataloging-in-Publication Data

Inter-American Congress on the Environmental Rule of Law (1st : 2015 : Montego Bay, Jamaica).

Estado de derecho en materia ambiental: Tendencias en las Américas : Ensayos seleccionados /

[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.31)

ISBN 978-0-8270-6460-7

1. Environmental law--Congresses. 2. Environmental policy--Congresses. 3. Sustainable Development--Law and legislation. 4. Rule of law. I. Title.

II. Organization of American States. Department of Sustainable Development.

III. Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental (1st : 2015 : Montego Bay, Jamaica). IV. Series.

OEA/Ser.D/XXIII.31

ISBN 978-0-8270-6460-7

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 de sus Estados Miembros, o de sus socios.







**Luis Almagro**  
*Secretario General*  
Organización de los Estados Americanos

# Prólogo

Esta publicación aborda un tema de significativa y amplia importancia para el bienestar humano, la paz, la democracia, el acceso a la justicia, los derechos humanos y, en general, al desarrollo sostenible.

El Estado de Derecho es el elemento de unión entre y dentro de estos dominios respectivos. Y en mi humilde opinión, representa la única manera efectiva de lograr la equidad, y el equilibrio necesario que puede asegurar la sostenibilidad del medio ambiente y el bienestar humano.

En última instancia, nuestros esfuerzos hacia el desarrollo sostenible, la seguridad, la sostenibilidad ambiental y la estabilidad política, no tendrán sentido si no mejoran significativamente la calidad de vida de nuestros pueblos.

Como todos sabemos, hay muchas, y en ocasiones, diferentes percepciones del Estado de Derecho. Sin embargo, hay algunos elementos comunes en que todos podemos estar de acuerdo. Entre estos elementos se incluye el respeto y la aplicación de leyes y convenios ambientales como medio para garantizar el derecho al medio ambiente sano al cual los ciudadanos de las Américas y del mundo tienen derecho.

Asegurar que todos estos elementos se unan y ofrezcan más derechos para más gente es una responsabilidad común de los legisladores, parlamentarios, jueces, abogados, fiscales generales y en última instancia la misma gente. Se requiere un enfoque integral de la sociedad, que incluye a los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado para hacer frente a los desafíos de nuestro tiempo.

Desde la Cumbre Río + 20 en Brasil hemos sido testigos de un aumento alentador del interés en las cuestiones y los desafíos ambientales globales entre los miembros de las tres ramas del Gobierno: Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

Igualmente alentador es el crecimiento de la jurisprudencia en la materia, desde el sistema Interamericano de Derechos Humanos a los tribunales nacionales. Pero hay mucho más trabajo por hacer.

Creo que necesitamos un marco conceptual fresco de desarrollo sostenible, que esté centrado en el potencial humano y el medio ambiente, en nuestros países, para guiar nuestros esfuerzos futuros en esta tarea crítica. Los elementos de un marco de este tipo deben guiarse por el concepto de “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” propugnados por el Presidente Lincoln en su famoso discurso de Gettysburg en noviembre de 1863. Para mí, este es un poderoso recordatorio de que el “árbol de Gobierno” se compone de más que las tres ramas mencionadas anteriormente es decir, Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Estas ramas del Gobierno no son de su propia creación y no existen por su propio bien.



La gente es la representación misma del árbol de Gobierno. Y considero el Estado de Derecho como el tronco que sostiene el árbol, apuntalado por un enfoque de gobernanza inclusiva, centrada en consulta con todas las partes interesadas, de rendición de cuentas y transparencia.

El árbol de Gobierno, en las palabras del presidente Lincoln, “desaparecerá de la tierra” si el entorno natural del que deriva su sustento, es comprometido o contaminado de alguna manera; si sus ramas ejecutiva, legislativa y judicial actúan de una manera que hace caso omiso de la voluntad de la gente y no protege y avanza el bienestar de las personas.

El desafío que tenemos ante nosotros es cómo diseñar un sistema de gobierno democrático y ambiental que sea la representación del árbol de Gobierno descrito anteriormente.

Los ensayos seleccionados en esta publicación consideran cuidadosamente y respetuosamente las pruebas, hechos y opiniones que fueron compartidos durante los dos días del Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental. No sólo refuerzan la importancia de diseñar y adoptar las necesarias, adecuadas y eficaces políticas, leyes y reglamentos para proteger el bienestar de las personas y su medio ambiente, sino también la necesidad de fortalecer los marcos de toma de decisiones participativas que hacen realidad el enfoque del árbol de Gobierno.

En el centro de este enfoque debe estar la educación y la comunicación sostenida, especialmente entre los usuarios de los recursos naturales, sobre las leyes y procedimientos que son necesarios y que se encuentran listos para facilitar la aplicación y cumplimiento efectivo.

A medida que nos identificamos y nos centramos en las tendencias emergentes en relación con el Estado de Derecho en Materia Ambiental y en las formas de frenar el uso irresponsable del medio ambiente y los recursos naturales, hay que tratar de desarrollar un paradigma más integrado para el desarrollo sostenible - que equilibre el funcionamiento del mercado con los retos sociales y las oportunidades que ofrece el medio ambiente.

La OEA ha tenido un interés profundo y permanente sobre los temas tratados en estos ensayos. El desarrollo integral, los derechos humanos, la seguridad multidimensional y la democracia son los cuatro pilares principales de la OEA y han recibido una atención considerable desde la formación de nuestra organización. En consecuencia, creo que la OEA tiene mucho que ofrecer a la comunidad mundial, tanto en términos de la disponibilidad de instrumentos claros y cuidadosamente negociados como la Carta Democrática Interamericana, la Carta Social de las Américas y la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible, y también en términos de las lecciones importantes aprendidas durante más de 50 años de trabajo innovador en el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Nosotros en la OEA estamos complacidos de unirnos a nuestros socios PNUMA, WCEL y CCJ en este camino de configuración de un marco global para el Estado de Derecho en Materia Ambiental. A medida que avanzamos en este camino, vamos a estar alerta para obtener ideas que nos ayudarán a construir sobre los logros de la Carta Democrática Interamericana y la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible. Nuestro anhelo es que este viaje ayude a asegurar que las leyes sean representativas de la gente y se elaboren de una manera que asegure la aplicación y cumplimiento efectivo; que el papel de las mujeres, los pueblos indígenas, los jóvenes y los niños se vea fortalecido y apoyado en los marcos jurídicos; y que la justicia no sea ni ciega ni sienta adversidad a la hora de inclinar la balanza hacia la equidad para aquellos que son más vulnerables.

  
**Luis Almagro**  
*Secretario General*  
Organización de los Estados Americanos



**Elizabeth Mrema**

*Directora de la División de Derecho Ambiental y  
Convenios sobre el Medio Ambiente del PNUMA*

# Prefacio

Al enfrentar cada vez mayores complejidades relacionadas con nuestro planeta, la gente alrededor del mundo percibe que los derechos ambientales, la legislación ambiental, la jurisprudencia y la gobernanza ambiental se han convertido en aspectos centrales para resolver los problemas de justicia ambiental.

De igual manera, las Américas han enfrentado a estas complejidades. Latinoamérica y el Caribe, por ejemplo, cuentan aproximadamente con el 23 por ciento de los bosques del mundo, el 31 por ciento de los recursos de agua dulce y 6 de los 17 países mega diversos del mundo. Si bien estos recursos no están distribuidos equitativamente, es innegable la riqueza e importancia económica general de los ecosistemas de la región y su capital natural.

A pesar de esta enorme riqueza natural, los países de la región tienen desafíos que han obstaculizado la gestión eficiente de esta riqueza. La región sigue siendo una de las más urbanizadas del mundo con el 79% de la población concentrada en pueblos y ciudades. Lo que amenaza la capacidad de ofrecer agua potable y saneamiento a los crecientes pueblos y ciudades además de ser un obstáculo para tratar la contaminación atmosférica la contaminación del agua dulce, de los océanos y los mares. Esto ha generado una mayor competencia por los recursos y un aumento de la demanda y extracción de materias primas y de otro capital natural. La competencia asociada por los recursos escasos y la distribución no equitativa de sus beneficios ha llevado a conflictos emergentes y riesgos socio-ambientales asociados a los estilos de vida tradicionales y los medios de subsistencia de las comunidades locales e indígenas.

El escenario existente ha sido ocasionado por el modelo de desarrollo histórico en Latinoamérica y el Caribe que se ha basado, en gran medida, en la provisión de alimentos, materias primas y recursos naturales. Si bien esto puede generar crecimiento económico, ha perjudicado, en muchas maneras y muchos lugares, las dimensiones sociales y ambientales del desarrollo sostenible.

Por lo tanto, los esfuerzos del Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental no pudieron haber llegado en mejor momento. Los ensayos incluidos en esta publicación nos ofrecen la oportunidad de reflexionar sobre las medidas concretas que pueden proporcionar orientación pertinente para revertir y finalmente detener las tendencias ambientales negativas en las Américas.

Las herramientas jurídicas identificadas en estos ensayos plantean puntos de vistas fundamentales sobre como restaurar, proteger y conservar el medio ambiente: el estado de derecho ambiental.

El estado de derecho es la base de una administración equitativa de justicia y un requisito para las sociedades pacíficas, para que las obligaciones ambientales, la igualdad ante la ley y la adhesión a los principios de equidad y rendición de cuentas sean respetados por todos. El fortalecimiento de las leyes e instituciones es un elemento esencial para que las sociedades respondan a presiones adicionales y hagan frente al cambio ambiental en nuestros tiempos.



A nivel regional se han logrado avances significativos. Un ejemplo es la alianza estratégica entre la OEA y el PNUMA para promover el estado de derecho en materia ambiental en las Américas. Sin embargo, muchos de los avances han sido realmente a nivel nacional, en el desarrollo de estrategias ambientales, la creación de organismos especializados, el establecimiento de marcos institucionales y legales, así como la ratificación de los convenios internacionales. Incluso las decisiones judiciales han impulsado los cambios ambientales en la región.

El estado de derecho en materia ambiental tiene el propósito de lograr la equidad ambiental a través del acceso equitativo a la justicia y, en consecuencia, avanzar el desarrollo sostenible garantizando un enfoque basado en los derechos y el respeto a los derechos esenciales, tales como el derecho a la alimentación, el derecho al agua y el derecho a un medio ambiente sano.

El éxito de la agenda de desarrollo sostenible 2030 depende del nexo intrínscico entre el desarrollo sostenible y los derechos humanos ya que ambos se benefician mutuamente. La integración de los derechos humanos y la protección del medio ambiente en la legislación adecuada son de gran importancia para el logro de un futuro sostenible, y el hecho que hoy más de 100 constituciones contienen explícitamente un derecho al medio ambiente rinde homenaje a su importancia. Pero aún se requieren mayores esfuerzos hacia una realización efectiva de estos derechos teniendo en cuenta el continuo deterioro de los recursos naturales. Con este fin, los derechos procesales han sido considerados como de gran importancia ya que tienen el potencial para aumentar la cohesión social y reforzar la confianza de la sociedad civil en las instituciones públicas. La inclusión social en el proceso de la toma de decisiones y el acceso a la información, por ejemplo, pueden garantizar una mejora en la adjudicación del medio ambiente y lograr un mayor nivel de protección del medio ambiente.

También se puede observar en la actualidad como los delitos ambientales socavan el desarrollo sostenible y ponen en peligro el mantenimiento de las sociedades pacíficas. Por lo tanto, el aumento de la capacidad de los tribunales, los organismos de cumplimiento, las instituciones de auditoría y otros actores clave para aplicar de manera eficaz y promover el estado de derecho en materia ambiental a nivel nacional, subregional y regional, son necesarios para abordar las cuestiones emergentes, como estos delitos ambientales y la explotación ilegal de los recursos naturales. Se estima que al menos 40 por ciento de los conflictos internos en los últimos 60 años están vinculados a los recursos naturales; y los riesgos de los conflictos violentos son elevados cuando la explotación de los recursos naturales provoca daños al medio ambiente y la pérdida de los medios de subsistencia, o incluso cuando los beneficios están distribuidos desigualmente.

El fortalecimiento del estado de derecho ambiental puede ser un gran aliado en la reducción de los riesgos de conflictos y la prevención de nuevas tensiones relacionadas con asuntos ambientales.

Desde el reconocimiento del rol de la legislación y las instituciones en las estrategias adoptadas bajo los auspicios de la OEA en la temática de desarrollo sostenible y el desarrollo de los derechos de participación en materia ambiental y algunos de los de la mayoría de los sistemas judiciales modernos en la aplicación de la legislación ambiental, las Américas es y seguirá siendo un actor clave para la promoción del estado de derecho ambiental.

Desde la perspectiva del PNUMA, esperamos que los gobiernos de la región salvaguarden y aprovechen los logros que se han hecho en sus propios países, en particular para garantizar los resultados de un desarrollo más justo y sostenible en la continua transformación de nuestro futuro.

Este libro representa solamente el primer paso, y es ahora la responsabilidad de cada lector avanzar el estado de derecho en materia ambiental más allá de las Américas.

**Elizabeth Mrema**



# Agradecimientos y lista de autores colaboradores

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 Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y la Corte de Justicia del Caribe (CCJ, por sus siglas en inglés) expresan su agradecimiento a las siguientes personas que apoyaron la coordinación de esta publicación: Winston Anderson, Juez de la Corte de Justicia del Caribe; Elizabeth Mrema, Directora PNUMA-DELC; Arnold Kreilhuber, Oficial Legal PNUMA-DELC; Andrea Brusco, PNUMA-ROLAC; Cletus Springer, Director, Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA; Claudia S. de Windt, Oficial Legal Senior, Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA; Oscar Ceville, Isis Márquez y Nicolle Brolo del Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA. 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:



**Danielle Andrade-Goffe** es abogada en Jamaica con nueve años de experiencia en derecho ambiental. Obtuvo su Licenciatura en Derecho en la Universidad de las Indias Occidentales y es egresada de la Escuela de Derecho Norman Manley en Jamaica. Recibió

la beca Británica Chevening y realizó una Maestría en Derecho Ambiental, Queen Mary, Universidad de Londres. Es actualmente la Directora Jurídica del "Jamaica Environment Trust" una organización no gubernamental. Sus áreas de experiencia incluyen las políticas ambientales, litigios, y la promoción de la defensa del medio ambiente.



**Eduardo Abbott**

Ex Secretario Ejecutivo del Panel de Inspección del Banco Mundial (1994-2006) y previamente Asesor Principal en el Banco Mundial y Abogado laboralista en Chile.



**María Amparo Albán**

De formación abogada y con una maestría en Derecho Económico enfocada en 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 de 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 del país, y actualmente realiza consultorías y mantiene su práctica privada desde su bufete en Quito.



**Martha Aldana**

Es abogada, con maestría en Derecho Ambiental (American University, Washington D.C.). Ha sido asesora en legislación ambiental en el Congreso de la República, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Salud; y supervisora legal del Organismo de Supervisión de la Inversión en Energía y Minería. Ha sido asesora del Viceministro de Gestión Ambiental, así como Directora de Fiscalización y Coordinadora de Proyectos Normativos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, así como Directora de Gestión Estratégica del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles del Ministerio del Ambiente. Actualmente se desempeña como consultora independiente.

**Lilliana Arrieta Quesada**

Costarricense, abogada, consultora en Derecho Ambiental, Especialista en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, Máster en Derecho Tributario de la Universidad de Cooperación Internacional, Egresada de INCAE de la Gerencia para el Desarrollo Sostenible. Profesora invitada de la Universidad de Externado, Colombia, de la Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho Público y de la Universidad de Zaragoza. Autora de varias publicaciones. Consultora en materia ambiental a nivel nacional e internacional.

**Néstor Cafferatta**

Abogado. 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 de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

**Dra. Maria L. Banda**

Ejerce Derecho Internacional en Washington, DC. Ha trabajado con varias organizaciones internacionales, entre ellas la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la OIT y la OMC, así como el equipo del Representante Especial de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. Graduada en la Universidad de Toronto (Hon. BA), en la Escuela de Derecho de Harvard (JD), y en la Universidad de Oxford (M.Phil; D. Phil.), donde estudió como becaria Rhodes y Trudeau. Ha escrito sobre cambio climático, gobernanza global, y derecho ambiental.

**Sílvia Cappelli**

Fiscal Superior en Brasil ejerciendo en el área ambiental hace 24 años. Es Coordinadora de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental. Presidente del Comité Brasileño de la UICN. Directora del Instituto el Derecho por un Planeta Verde-Brasil. Fue Presidente de la Asociación Brasileña de Fiscales Ambientales. Profesora de Derecho Ambiental en el posgrado en derecho ambiental de la Universidad Federal del Rio Grande do Sul.

**Nicholas Bryner**

Profesor Asociado Visitante del Programa de Derecho y Medio Ambiente en la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington en Washington, DC. Tiene un doctorado (JD) y maestría (MA) en Estudios latinoamericanos y hemisféricos de la Universidad George Washington. Sus áreas de investigación incluyen la intersección del derecho de propiedad, derecho ambiental y recursos naturales, así como el derecho al cambio climático y el derecho ambiental internacional.

**Karetta Crooks Charles**

Desde 2009, ha sido la Oficial de Comunicaciones y Promoción de la Defensa del Medio Ambiente del "St. Lucia National Trust", una organización no gubernamental que vela por la conservación del patrimonio natural y cultural de Santa Lucía. Tiene una licenciatura en Artes sobre Medios y Comunicación del Instituto Caribeño de Medios y Comunicación de la Universidad de las Indias Occidentales. Sus áreas de especialización incluyen la organización consultas ciudadanas participativas y el logro de compromiso de jóvenes; la promoción y el uso creativo de los medios para comunicar cuestiones relacionadas a la protección del patrimonio natural y construido.



### *Marcia Edwards Oakley*

Licenciada en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba, Máster en Gestión de la Propiedad Intelectual de la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial, Especialista de la Dirección Jurídica del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Ha realizado cursos de Postgrado sobre “Derecho Ambiental Internacional Contemporáneo y sus problemas actuales” y “Derecho Internacional Mercantil”, ambos en el Instituto Superior de Relaciones Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba.



### *Alejandro Iza*

Director del Centro de Derecho Ambiental y del Programa de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Tiene más de 20 años de experiencia en la formulación de legislación y políticas internacionales, regionales y nacionales sobre medio ambiente y en temas de gobernanza y diplomacia. Tiene un amplio conocimiento sobre legislación ambiental internacional con énfasis en recursos biológicos, agua y océanos.



### *Lorena González Rodríguez*

Abogada. Especialista en Derecho de Daños. Doctorado 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.



### *María del Luján Flores*

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay, fue Representante Permanente del Uruguay ante la OEA, Representante Permanente Adjunta ante la Organización de las Naciones Unidas, Presidenta de la 6ª. Comisión de la Asamblea General ONU, Profesora de Derecho Internacional Público. Entre sus publicaciones se incluye, “La obligación de reparar por daños transfronterizos” Montevideo, 2005 autora de libros y artículos de derecho internacional público



### *Gisela Hathaway*

Licenciada en Derecho. Master en Relaciones Internacionales. Es socia de la firma Hathaway, Alencar y Fischer. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN/WCEL). Asesora Legislativa de la Cámara de Diputados. Asesora del Relator del Grupo de Trabajo sobre la Contaminación por Plomo, Propuesta de Fiscalización y Control -PFC, a cargo de la búsqueda de la responsabilidad y compensación por los daños sociales y ambientales relacionados con las actividades de minería y de fundición en Brasil.



### *Guillermo Hernán Marchesi*

Abogado Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Adjunto de la Materia Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, Argentina. Docente de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental. UBA. Profesor Invitado del Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, 1ª edición, dirigido por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente ([www.pnuma.org](http://www.pnuma.org)) en colaboración con el CED (Centro de Estudios para el Desarrollo de Chile), la UPM Universidad Politécnica de Madrid, y la Fundación Ceddnet, Octubre / Diciembre de 2012. Profesor Invitado del Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, 8ª edición, dirigido por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Panamá, noviembre de 2014. Autor de artículos de Doctrina en la materia Derecho Ambiental.



### *Peter Lallas*

Asesor de la Oficina del CEO del FMAM, ex Secretario Ejecutivo en el Panel de Inspección del Banco Mundial (2007-2014), y anteriormente director de la Oficina de Derecho Internacional del Medio Ambiente de la EPA en los Estados Unidos.

**Pablo Lorenzetti**

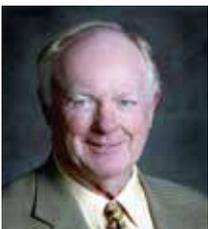
Abogado. Especialista en Derecho Ambiental con Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Es Docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños y Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires.

**Carlos Lozano Acosta**

Abogado ambiental colombiano. Trabaja con el programa de Agua Dulce de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente desde Bogotá, Colombia y es investigador Asociado del Grupo "Política y Legislación en Biodiversidad, Conocimiento Tradicional y Acceso a Recursos Genéticos" (PLEBIO) de la Universidad Nacional de Colombia. Tiene un LL.M en Derecho Ambiental de la Universidad de Oregón, EEUU, como becario Fulbright.

**Lina Muñoz-Ávila**

Abogada, Doctora en Derecho y Especialista en Derecho Constitucional. Docente e Investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos y Supervisora del Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia. Autora de artículos, informes y libros en Derechos Humanos, Derecho Ambiental y Derecho Constitucional con experiencia en el sector público, organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales y la academia.

**George (Rock) Pring**

Profesor Emérito de Derecho, en la escuela de derecho de la Universidad de Denver; tiene un doctorado en derecho (JD) de la Universidad de Michigan; una licenciatura de la Universidad Harvard; es socio principal de la firma consultora Global Environmental Outcomes (GEO); Co-Director del estudio de la Universidad de Denver Ambiental sobre Juzgados y Tribunales.

**Cymie R. Payne**

Profesora adjunta en la Universidad de Rutgers. La Sra. Payne fue miembro de la facultad de Derecho de Berkeley y abogado en el Departamento de Interior de Estados Unidos; Goodwin, Procter; y del Consejo de Seguridad de la ONU. Se ha presentado como abogado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en sus casos opinión consultiva de minería de los fondos marinos y pesqueros. Estudió en la Escuela Fletcher de Derecho y Diplomacia, MA en la Universidad de California, Berkeley, JD.

**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. Ha ejercido 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.

**Catherine (Kitty) Pring**

Mediadora profesional galardonada, experta en la resolución alternativa de conflictos (ADR) y analista de sistemas de organización; también es socia principal de la firma consultora Global Environmental Outcomes (GEO) y Co-Directora del estudio de la Universidad de Denver Ambiental sobre Juzgados y Tribunales.



**Antonio Razeto Cáceres**

Pasante del Centro de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) desde enero de 2015. Es egresado de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y actualmente realiza una maestría sobre medio ambiente en la Universidad de Melbourne.



**Carlos Sapriza Flores**

Abogado, diplomático, Consejero del Servicio Exterior del Uruguay, Maestría en Política y Derecho de la Integración. Se desempeñó como Jefe Alterno de la Embajada del Uruguay en Guatemala, Arabia Saudita y Suiza.



**Gustavo Rinaldi**

Abogado, egresado con Especialidad en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad Castilla La Mancha de Toledo (España). Miembro del Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, de la Fundación Expoterra, Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Coautor del Tratado Jurisprudencial y Doctrinario en Derecho Ambiental dirigido por Néstor Cafferatta (Ed. La Ley- Argentina 2012) y de numerosos artículos de doctrina incluidos en diversas publicaciones académicas de la Región.



**Federico Zonis**

Abogado. Especialista en Derecho Ambiental con Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. El Sr. Zonis es Docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños y Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires.



**Juan Carlos Sánchez**

Trabaja como Oficial Legal del Centro de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) desde Diciembre de 2009. El Sr. Sánchez es egresado de la facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica y tiene una maestría en gobernanza ambiental de la Universidad Albert-Ludwig University en Friburgo. Actualmente el Sr. Sánchez está realizando su doctorado en el Centro de Agua, Ciencia, Política y Legislación de la Universidad de Dundee con la beca "Hydro Nation Scholar" del gobierno de Escocia.



**Ezequiel Santagada**

Abogado (Universidad de Buenos Aires), especializado en derecho ambiental (Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires). Es profesor de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Católica de Asunción, Paraguay. Es el Director Ejecutivo del Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA) de Paraguay. Es miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN desde 2004. Ha sido consultor del PNUMA y el PNUD.





# Introducción

Esta publicación incluye los ensayos seleccionados en cada tema presentado durante el primer “Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental” que se celebró del 30 al 31 de marzo 2015 en Montego Bay, Jamaica. El Congreso fue auspiciado por 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 Internacional para la Conservación de la Naturaleza. (UICN) y la Corte de Justicia del Caribe (CCJ, por sus siglas en inglés).

Los ensayos seleccionados fueron presentados por los autores colaboradores durante el Congreso como respuesta a una convocatoria de extractos, y se han incluido en esta publicación con el fin de resaltar los desafíos emergentes y las tendencias en el estado de derecho en materia ambiental en las Américas.

El evento de dos días contó con la participación de más de 100 participantes, incluyendo a Presidentes de las Cortes Supremas, Procuradores Generales, Legisladores, Fiscales, funcionarios de gobierno, abogados privados y representantes de la sociedad civil para lograr un entendimiento común del concepto del estado de derecho en materia ambiental, e identificar las tendencias actuales con el fin de responder a las necesidades de intensificar los esfuerzos interamericanos para articular las respuestas a los desafíos relacionados con el derecho ambiental y la gobernabilidad.

El énfasis de los ensayos fue temático y procesal en el marco del estado de derecho en materia ambiental. Por lo tanto, la publicación está dividida en cuatro partes que se correlacionan con los temas que fueron abordados durante el Congreso:

**PARTE I:** Marcos legales para la gestión de los recursos hídricos

**PARTE II:** Comercio, Inversión y Medio Ambiente

**PARTE III:** Prevención y manejo de conflictos en recursos naturales compartidos

**PARTE IV:** Aplicación y Cumplimiento Ambiental

**PARTE V:** Derechos de Acceso: Información, Justicia y Proceso

Los ensayos seleccionados ilustran el concepto del Estado de Derecho en Materia Ambiental en términos prácticos, tal como fue definido y entendido por los participantes del Congreso:

*“El Estado de Derecho en Materia Ambiental es fundamental para la paz, el bienestar social y económico. Es indispensable para asegurar desarrollar resultados justos y sostenibles y garantizar los derechos fundamentales para un ambiente sano en las Américas. Los elementos que constituyen la norma ambiental del derecho ambiental incluyen, entre otras cosas, leyes adecuadas y aplicables, acceso a la justicia y la información, equidad de la participación pública e inclusión, rendición de cuentas, transparencia, responsabilidad por los daños ambientales, aplicación justa y equitativa y los derechos humanos”.*



# Tabla de Contenidos

15	Introducción
19	I. MARCOS LEGALES PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS
20	Derecho Internacional de Aguas en Latinoamérica: Evaluación de los acuerdos existentes para mejorar la gobernanza de las aguas transfronterizas; <a href="#">Antonio Razeto Cáceres</a> ; <a href="#">Juan Carlos Sánchez</a> y <a href="#">Alejandro Iza</a> ;
36	Alcances del Derecho Humano al acceso al agua y el saneamiento en el contexto de la GIRH; <a href="#">Lilliana Arrieta Quesada</a> ;
43	Protección del agua y minería: Desafíos para el derecho ambiental en la región andina <a href="#">Carlos Lozano Acosta</a> ;
56	Los Límites del Juez como legislador en el acceso al agua <a href="#">Emb. María del Luján Flores</a> , <a href="#">Carlos Sapriza Flores</a> ;
79	II. COMERCIO, INVERSIÓN Y MEDIO AMBIENTE
80	Flexibilizando las reglas: la legislación ambiental en tiempos de desaceleración y crisis económica <a href="#">Martha Aldana</a> ;
93	Desafíos en las evaluaciones de impacto ambiental <a href="#">Néstor Cafferatta</a> , <a href="#">Federico Zonis</a> , <a href="#">Lorena González</a> y <a href="#">Pablo Lorenzetti</a> ;
94	Inversiones y los derechos de acceso: toma de decisiones en el uso del agua: el derecho público a impugnar decisiones tomadas al parecer para promover inversiones relacionadas con el sector energético <a href="#">Alejandro Posadas</a> ;
107	Comercio, Inversión y Medio Ambiente: Sus retos en la Cuba de hoy <a href="#">Marcia Edwards Oakley</a>
111	III. PREVENCIÓN Y MANEJO DE CONFLICTOS EN RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS
112	La responsabilidad colectiva para la gestión adecuada de los recursos marinos <a href="#">Prof. Cymie R. Payne</a> ;
131	Evaluación Ambiental estratégica: el rol del poder judicial en su implementación <a href="#">Gustavo Rinaldi</a> y <a href="#">Guillermo Marchesi</a> ;
141	La Comisión de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara de Diputados de Brasil busca responsabilidad y reparación de corporaciones transnacionales mineras, metalúrgicas y financieras <a href="#">Gisela Hathaway</a> ;

- 159 Minería y Desarrollo Sostenible: Vinculando la protección del ambiente y los derechos humanos con los proyectos mineros en países en desarrollo  
[Lina Muñoz-Ávila](#);
- 173 IV. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO AMBIENTAL
- 174 Aplicando el principio “in dubio pro natura” para la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental  
[Prof. Nicholas Bryner](#);
- 183 Los retos de aplicación de los derechos de la naturaleza y otros avances normativos en el Ecuador  
[María Amparo Alban](#);
- 197 Apoyando la implementación de políticas, leyes y AMUMAS: Lecciones y experiencias sobre la rendición de cuentas, la aplicación y el cumplimiento (desde los caminos, los arroyos, la gente y los ríos en las Américas  
[Peter Lallas](#) y [Eduardo Abbott](#);
- 207 Actuación de la Fiscalía en Red: La experiencia de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental  
[Silvia Cappelli](#);
- 211 V. DERECHOS DE ACCESO: INFORMACIÓN, JUSTICIA Y PROCESO
- 212 Las 100 leyes sobre acceso a información y su impacto en el fortalecimiento de la legislación ambiental  
[Ezequiel Santagada](#);
- 227 Cortes y Tribunales con Especialización Ambiental - y Derechos de Acceso en Latinoamérica y el Mundo  
[George](#) y [Catherine Pring](#);
- 243 El desarrollo de un instrumento regional sobre derechos de acceso para Latinoamérica y el Caribe  
[Danielle Andrade-Goffe](#) y [Karetta Crooks Charles](#);
- 257 Avanzando el Acceso a la Justicia en Latinoamérica y el Caribe: Tendencias y avances recientes en los derechos de acceso ambientales  
[Dr. Maria L. Banda](#)



# I. MARCOS LEGALES PARA LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

Con más del 30% de los recursos hídricos del mundo, las Américas cuenta con más de un siglo de experiencia en temas relacionados a la gobernabilidad de estos recursos. Las primeras leyes y acuerdos internacionales ambientales en la región estuvieron enfocados principalmente en la gobernabilidad de los recursos hídricos<sup>1</sup>, y se remontan a la primera Ley de Aguas de Bolivia aprobada en 1906<sup>2</sup>. En los últimos años, la importancia de la gobernabilidad de los recursos hídricos se ha visto reflejada en la legislación de aguas y en las reformas a los procesos de gestión en la mayoría de los países de la región, así como en los programas y propuestas para reformar los servicios públicos de agua, en particular con relación a las fuentes de abastecimiento de agua potable en zonas urbanas y a las infraestructuras para la disposición de aguas servidas<sup>3</sup>. Los desastres relacionados con el agua, tales como las inundaciones o sequías, así como deslizamientos de tierra provocados por las lluvias intensas, destacan la necesidad de un enfoque integrado para abordar la gestión de los recursos hídricos y el manejo de la tierra efectivamente. Los extractos sobre este subtema toman en cuenta las tendencias y los desafíos emergentes.

1 Organización de los Estados Americanos, Departamento de Desarrollo Sostenible, Serie de Políticas Número 9, Marzo de 2006. “La Gestión de Recursos Hídricos y el Cambio Climático: Lecciones de la Cooperación Regional”.  
2 Ley de Aguas Vigente, 28 de noviembre de 1906.  
<http://www.oas.org/dsd/EnvironmentLaw/WaterLaw/home.htm>  
3 CEPAL. La gobernabilidad del agua para el desarrollo y la sostenibilidad. Junio de 2006.

## 1.1 Derecho Internacional de Aguas en Latinoamérica: Evaluación de los acuerdos existentes para mejorar la gobernanza de las aguas transfronterizas

Antonio Razeto Cáceres, Juan Carlos Sánchez y Alejandro O. Iza



Cuenca transfronteriza, derecho internacional del agua, tratados, América Latina

*A nivel mundial existen 276 cuencas fluviales transfronterizas de las cuales 69 se extienden sobre el territorio de uno o más Estados de América Latina (PNUMA 2013). Durante las últimas tres décadas, los países latinoamericanos han implementado reformas para mejorar la gestión del agua (Akhmouch, A 2012) Sin embargo, y con el fin de garantizar una utilización equitativa y razonable de aguas compartidas, es necesario aumentar la cooperación de los Estados y el cambio hacia una gestión conjunta de los recursos hídricos, la coordinación jurídica, política y los marcos institucionales a nivel internacional y nacional (Aguilar y Iza 2011)*

*Existe literatura relevante sobre la gobernabilidad del agua compartida en diferentes áreas de América Latina (Boeglin 2012; Dourojeanni 2001; López y Sancho 2013; Querol 2003). Sin embargo, no existen análisis sistemáticos. Este artículo tiene como objetivo evaluar la preparación jurídica de países de la región en relación con sus cuencas hidrográficas transfronterizas, a través de encuestas sobre sus acuerdos y tratados de agua entre los co-receptores, y mediante la evaluación de la calidad de estos acuerdos legales contra las reglas del “estado del arte” y los principios del Derecho Internacional del Agua. Esta evaluación evaluará las normas y principios establecidos en la Convención de 1997 sobre el Derecho de los Usos No Navegables de Cursos de Aguas Internacionales, que incorpora los principios modernos de los marcos legales de los cursos de agua internacionales, la mayoría de las cuales son aceptadas por el derecho internacional consuetudinario. Además, el Convenio que entró en vigor recientemente se considera la autoridad legal en la materia, debido a su legitimidad mundial después de ser negociado en el marco de las Naciones Unidas y aprobado por una resolución de la Asamblea General.*

*Para evaluar los tratados actualmente en vigor, el artículo utilizará el marco analítico proporcionado por Wouters et al. (2005), que incluye una evaluación de los alcances, normas sustantivas, procedimiento, mecanismo de resolución de litigios. Utilizando este marco, el artículo pretende identificar los principales vacíos en los tratados y revisar qué aspectos pueden fortalecerse para mejorar progresivamente la regulación de las aguas transfronterizas en América Latina.*

### INTRODUCCIÓN

En el mundo hay 276 cuencas transfronterizas (UNEP 2013). De éstas, 55 son compartidas entre dos o más estados latinoamericanos<sup>4</sup>. En dicho contexto regional, durante las últimas tres décadas, se han implementado reformas para mejorar la administración de los recursos hídricos (Akhmouch 2012). Sin embargo, esta reforma ha sido en su mayor parte un esfuerzo nacional en cada Estado. Esto significa que el aspecto transfronterizo y la interdependencia entre los Estados que comparten recursos naturales ha sido desatendido desde una perspectiva jurídica.

Es necesario fortalecer la cooperación entre Estados con el objeto de asegurar un uso equitativo y razonable de las aguas compartidas. El manejo mancomunado de los recursos hídricos en la región requiere la implementación conjunta y coordinada de leyes, políticas y mecanismos institucionales tanto a nivel internacional como nacional (Aguilar & Iza 2011).

<sup>4</sup> En este estudio se consideran como latinoamericanos los siguientes veinte países: Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de). Es importante precisar que se consideran sólo aquellas cuencas que comparten dos o más países incluidos en el listado anterior. En consecuencia, cuencas como la del Colorado, compartida entre México y Estados Unidos, no se analizan en este estudio.

Existe literatura relevante en relación a la gobernanza de aguas compartidas en diferentes regiones Latinoamericanas (Boeglin 2012; Dourojeanni 2001; López & Sancho 2013; Querol 2003). Sin embargo, aún no se ha efectuado un análisis sistemático desde una perspectiva legal respecto de los marcos jurídicos para cuencas transfronterizas en la región. En consecuencia, este estudio tiene por objeto evaluar el estado de desarrollo de los países latinoamericanos en relación a los acuerdos internacionales en materia aguas transfronterizas. La evaluación se efectuará en consideración a las reglas y principios que establece la Convención sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación de 1997<sup>5</sup> (en adelante, Convención de 1997), que incorpora los principios modernos del derecho internacional de aguas, la mayoría de los cuales ya estaban recogidos en la costumbre internacional (Rieu-Clarke, Moynihan & Magsig 2012).

## 1. METODOLOGÍA

El presente análisis parte de la identificación de seis tipos de acuerdos internacionales<sup>6</sup> que, de distintas formas, regulan total o parcialmente materias que conciernen la administración de aguas compartidas:

- Tratados limítrofes que contienen disposiciones relativas a la administración y uso de recursos hídricos compartidos. (Ejemplo: 1938 Tratado de límites entre El Salvador y Guatemala);
- Tratados que regulan un uso específico de las aguas (Ejemplo: 1973 Tratado de Itaipú entre Brasil y Paraguay, que regula el uso hidroeléctrico de los tramos compartidos en el Río Paraná);
- Tratados marco que contienen disposiciones generales en relación a una cuenca (Ejemplo: 1969 Tratado de la Cuenca del Plata entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay)
- Tratados que regulan materias específicas aplicables a todas las cuencas que comparten los estados signatarios (Ejemplo: 1994 Acuerdo para la conservación de la fauna acuática en los cursos de los ríos limítrofes entre Brasil y Paraguay);
- Tratados que regulan parcial o totalmente el aprovechamiento de una cuenca compartida (Ejemplo: 1995 Acuerdo para el aprovechamiento múltiple de los recursos de la Alta cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija: creación de la Comisión Binacional, entre Argentina y Bolivia); y
- Tratados que disponen la realización de estudios en una cuenca determinada (Ejemplo: 1955 Convención preliminar para el estudio del aprovechamiento de las aguas del Lago Titicaca entre Bolivia y Perú).

Dentro de esta amplia gama de tratados en este estudio sólo se analizarán aquellos acuerdos internacionales que efectivamente regulan uno o más usos para fines distintos de la navegación de las aguas internacionales en una cuenca determinada.

Se debe apuntar que, en la región latinoamericana, hay cuencas que están gobernadas por dos o más tratados consecutivos y complementarios. En este estudio se considerarán dichos tratados como un sólo cuerpo jurídico. Especial mención merece la cuenca del Río de La Plata que está regulada en su conjunto y de manera general por el Tratado de la Cuenca del Plata de 1969, pero que, sin embargo, las diferentes sub-cuencas están reguladas por tratados específicos de distinta naturaleza. Dado el gran tamaño y complejidad de ésta cuenca y la gran cantidad de acuerdos internacionales que reglamentan sus diferentes secciones en este estudio se abarcará la regulación de cada una de las sub-cuencas separadamente.

---

5 Esta convención es reconocida y legitimada globalmente, considerando que fue desarrollada y negociada en el marco de las Naciones Unidas y adoptada mediante una resolución de la Asamblea General.

6 El presente estudio utiliza dos fuentes de información para definir las cuencas internacionales y los tratados que se analizarán. En primer lugar, se contabilizan las cuencas transfronterizas incluidas en el Informe Interino del Programa de Evaluación de Cuencas Transfronterizas del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) elaborado durante el año 2013. Por otra parte, para la evaluación de los acuerdos internacionales, se utiliza la base de datos de la Universidad Estatal de Oregón. Es importante tener en cuenta que esta base de datos incluye información actualizada hasta el año 2007. Sin embargo el presente estudio incluye una revisión de tratados de relevancia que han sido elaborados con posterioridad a la fecha señalada.

Respecto a la estructura del análisis, Wouters et.al (2005) elaboraron un ‘Modelo de Evaluación Legal’ que sirve como herramienta metodológica para que los Estados ribereños de una cuenca compartida puedan identificar, en forma sistemática, los parámetros de sus derechos y obligaciones jurídicas con respecto a las aguas transfronterizas. Se trata de una herramienta interdisciplinaria que ofrece una metodología rigurosa y objetiva para identificar si las medidas implementadas por los Estados son consistentes con las reglas del derecho internacional de aguas. En este estudio se utilizará el marco de análisis legal que provee ésta herramienta para estructurar la evaluación de los acuerdos internacionales latinoamericanos en materia de aguas compartidas. Este análisis incluye básicamente una revisión del ámbito de aplicación del acuerdo; las reglas sustantivas; las reglas de procedimiento; los mecanismos institucionales; y los mecanismos de resolución de conflictos.

## **2. NORMATIVA MODERNA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE AGUAS. CONVENCIÓN DE 1997**

Aún antes de su entrada en vigor la Convención de 1997 tuvo un rol fundamental en desarrollo del derecho internacional de aguas. Ha informado los procesos de negociación, adopción e interpretación de tratados a nivel regional o nivel de cuencas y también ha servido de base para decisiones de tribunales internacionales (Rieu-Clarke, Moynihan & Magsig 2012). La Convención de 1997 fue adoptada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 21 Mayo de 1997. Sin embargo su entrada en vigencia se prolongó hasta el 17 Agosto 2014, después de que Vietnam, en Mayo del mismo año, se convirtiera en el trigésimo quinto país en ratificar la Convención, requisito esencial para su entrada en vigencia de acuerdo a su artículo 36 (UN 2015).

### **2.1. Ámbito de aplicación**

Mediante esta convención se aspira a tener un marco legal de aplicación global en materia de aguas transfronterizas. De su artículo 3 se desprende que sus disposiciones tienen por objeto complementar el marco jurídico existente en cada región en tres situaciones fundamentales: donde no existe tratado internacional entre los Estados ribereños; donde no todos los Estados ribereños son parte de un tratado existente; o donde un determinado cuerpo de agua está regulado por un tratado, pero dicho tratado regula sólo parcialmente las materias cubiertas por la Convención (Rieu-Clarke, Moynihan & Magsig 2012).

La convención de 1997 provee una definición comprensiva de lo que debe entenderse por curso de agua. El artículo 2 inciso a lo define como “(...) un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común.” Es una definición amplia que comprende toda el área de influencia de una cuenca geográfica. En razón de lo anterior, un instrumento de derecho internacional que regula el uso de las aguas transfronterizas entre dos o más países debe, en la medida de lo posible, regular toda el área de influencia de una cuenca geográfica para ajustarse al contenido de la convención.

### **2.2. Reglas sustantivas**

Los principios fundamentales que dispone la convención son el principio de utilización y participación equitativas y razonables; obligación de no causar daños sensibles; y protección y preservación de los ecosistemas.

En relación al primero de estos principios, el artículo 5 de la convención compele a los Estados a usar y aprovechar un curso de agua “con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate”. Por su parte, el artículo 6 establece que para un uso equitativo y racional de los recursos se requiere tener en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes e incluye una enumeración no taxativa de los mismos. Dicha enumeración incluye “a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto; y g) La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto”.

En la ponderación de dichos factores y circunstancias la convención otorga gran flexibilidad a los Estados obligados. En efecto el artículo 6 establece que “Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores.” En este mismo sentido es importante destacar lo dispuesto por el artículo 10 que dispone que ningún posible uso de las aguas goza de prioridad sobre otros. Asimismo, el mismo precepto normativo establece que en caso de existir conflicto entre varios usos se debe tener “especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas básicas”.

En segundo lugar, la Convención establece la obligación de no causar daños sensibles a otros Estados ribereños, el segundo principio más relevante del derecho internacional de aguas. El artículo 7 establece que los Estados “(...) adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.” A mayor abundancia, el mismo artículo establece que en caso de que igualmente se provoque un daño “(...) el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas (...) para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización”. Se ha suscitado controversia respecto a qué principio prima sobre el otro en un caso concreto. Existe consenso en la comunidad internacional respecto a que el principio de utilización y participación equitativas y razonables prevalece, y que la obligación de no causar daño es precisamente un factor que se debe tener en cuenta para determinar cuándo se está utilizando en forma equitativa y razonable. Sin embargo, para los Estados ribereños de las secciones inferiores de una cuenca transfronteriza esta predominancia aún no ha sido plenamente acogida considerando que disminuye su poder de negociación (Weiss 2013).

Finalmente, uno de los aspectos más innovadores de la Convención es la consagración legal a nivel internacional del principio de protección y preservación de los ecosistemas, reconocido en el artículo 20. Esta disposición es consistente con el artículo 5 que al disponer que los Estados deben utilizar las aguas compartidas de manera equitativa y razonable, agrega que dicha utilización debe hacerse de formas “compatibles con la protección adecuada del curso de agua”. Mediante estas disposiciones la convención reconoce la importancia de proteger y preservar el funcionamiento de los ecosistemas como el medio preeminente para asegurar la disponibilidad de agua suficiente y sus múltiples usos (Weiss 2013).

### **2.3. Reglas de procedimiento**

La Convención de 1997 contiene numerosas disposiciones relativas a las obligaciones procesales destinadas a regular la relación entre los Estados que comparten aguas internacionales. Estas obligaciones se refieren principalmente a la cooperación de una forma general, a los procedimientos de notificaciones en caso de que un estado planee medidas que puedan afectar significativamente a otro Estado, a las consultas y al intercambio de información. Todas estas obligaciones tienen como fin asegurar que efectivamente los Estados ribereños alcancen un uso equitativo y racional de las aguas compartidas evitando la causas daños sensibles a los usos de otros Estados. La distinción entre normas substantivas y procesales se hace más bien con un propósito de ordenar el análisis, ya que en realidad la implementación de los principios de la Convención de 1997 depende completamente de una adecuada regulación de los procedimientos, de la buena fe de los Estados y de la permanente disposición de las Partes en cooperar mutuamente para alcanzar una gobernanza eficiente y efectiva de los recursos compartidos.

En relación a la cooperación mutua que debe existir entre los estados, la convención proporciona un conjunto de obligaciones procesales que regulan el proceso de diálogo entre los Estados. El artículo 4 establece que cualquier Estado ribereño cuyos usos del agua puedan verse afectados significativamente puede participar en negociaciones y consultas sobre ese curso de agua particular. Asimismo, el artículo 9 regula la obligación de intercambiar regularmente datos e información. Entre sus artículos 12 y 19 la Convención regula el procedimiento de notificaciones en caso de que un Estado proyecte medidas que puedan causar un efecto perjudicial sensible para otros Estados.

### **2.4. Institucionalidad**

El marco jurídico que dispone la Convención de 1997 promueve el diseño de acuerdos de gestión conjunta de cuencas compartidas (acuerdos de cuenca). Sin embargo, no establece una obligación particular para que los Estados celebren acuerdos específicos. Simplemente recomienda a las Partes a implementar y

adaptar el contenido de la Convención a las características propias de un curso de agua. Por otra parte, en caso de existir instrumentos internacionales previos, la Convención recomienda que los Estados adecúen esos instrumentos a los principios fundamentales.

En relación a la creación de instituciones la Convención de 1997 también otorga gran flexibilidad a las partes contratantes. En efecto, el artículo 8 establece que “Los Estados del curso de agua, al determinar las modalidades de esa cooperación, podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones.” Asimismo, en este sentido también es relevante lo dispuesto en el artículo 24, relativo a la ordenación de un curso de agua internacional “Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la ordenación de un curso de agua internacional, lo cual podrá incluir la creación de un órgano mixto de ordenación.”

## 2.5. Mecanismos de resolución de conflictos

La Convención de 1997 establece que los Estados ribereños deben recurrir a mecanismos pacíficos para solucionar los conflictos, asimismo pueden de mutuo acuerdo someter las controversias a un procedimiento de arbitraje o al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia.

Asimismo, el artículo 33 de la Convención de 1997 contempla la posibilidad de conformar una “comisión imparcial de determinación de los hechos” que tiene por objeto efectuar recomendaciones para que las Partes puedan solucionar la controversia en forma equitativa. Se puede acudir a esta comisión en caso de que no se llegue a un acuerdo mediante negociaciones directas o arbitraje. Las recomendaciones que efectúe la comisión deben ser consideradas de buena fe por las partes, sin embargo no está obligadas a implementarlas.

## 3. ANÁLISIS

**Cuencas cuyo uso de las aguas está total o parcialmente regulado por instrumentos jurídicos de derecho internacional:**

### 3.1. Ríos Catamayo-Chira y Puyango-Tumbes. (Ecuador y Perú)

**En relación a estas dos cuencas, en este estudio se analizan los siguientes instrumentos de derecho internacional:**

- 1971 Convenio para el aprovechamiento de las cuencas binacionales Puyango-Tumbes y Catamayo-Chira por parte del Perú y Ecuador.
- 1972 Canje de notas que constituye un acuerdo para aprobar el reglamento de la Comisión Mixta Peruano-Ecuatoriana para las Cuencas Puyango-Tumbes y Catamayo-Chira.
- 1975 Acuerdo modificatorio del reglamento de la comisión mixta Peruano - Ecuatoriana para el aprovechamiento de las cuencas hidrográficas binacionales Puyango - Tumbes y Catamayo - Chira.

#### 3.1.1. Ámbito de aplicación

El Convenio de 1971 tiene por objeto que las partes, dentro de su territorio, desarrollen progresivamente los entendimientos para ejecutar las diferentes formas de colaboración necesarias entre los dos países, destinados al aprovechamiento de las cuencas Puyango - Tumbes y Catamayo - Chira (artículo 2º). Ante la ausencia de mayores indicaciones en el texto de los instrumentos internacionales analizados se puede entender que ellos se refieren a un concepto amplio de cuenca hidrográfica, incluyendo toda el área de influencia de los ríos analizados. Dicha colaboración incluye la ejecución conjunta de gestiones destinadas a obtener financiamiento internacional, ejecución de proyectos binacionales de aprovechamiento hídrico y programas de conservación y mejoramiento de las cuencas e instalación de estaciones meteorológicas e hidrológicas, entre otras materias (Artículos 3º, 4º, 5º y 6º). El convenio regula en forma separada aspectos específicos de los proyectos a desarrollarse en ambas cuencas.



### **3.1.2. Reglas substantivas**

El Convenio de 1971, en su artículo 1 hace un reconocimiento explícito de la aplicabilidad de las normas de Derecho Internacional para la utilización de las aguas. Dicha interpretación demuestra una disposición favorable a la utilización de los principios de derecho internacional recogidos en la Convención de 1997. Ésta interpretación es ratificada por distintas disposiciones a lo largo del Convenio de 1971 que reafirman la voluntad de las partes de dar aplicación a dichos principios. Así, por ejemplo, el artículo 7 y 9, referidos a los proyectos en la cuenca del Catamayo-Chira, recogen el principio de uso equitativo y racional de las aguas. La primera de dichas disposiciones establece que “su ejecución se sujetará a las normas de uso racional que satisfagan las necesidades sociales y económicas de las poblaciones situadas en las áreas de influencia (...)”. La segunda disposición establece que, en caso de ser necesarias obras de adecuación, se “efectuarán de inmediato reuniones técnicas para que, con un criterio de equidad y cooperación, se adopten las medidas necesarias (...)”. Asimismo, el artículo 1 reconoce explícitamente la aplicación de la obligación de no causar daños sensibles a otro Estados ribereños al establecer que la utilización de las aguas por cada parte debe efectuarse “(...) en razón de sus necesidades y siempre que no se cause daño o perjuicio a otra parte (...)”. Finalmente, la regulación de los programas de conservación y mejoramiento de las cuencas binacionales demuestra el reconocimiento implícito del principio de protección y preservación de los ecosistemas.

### **3.1.3. Normas procedimentales**

El Convenio de 1971 y el Reglamento de la Comisión Mixta Peruano-Ecuatoriana para las cuencas Puyango-Tumbeas y Catamayo-Chira, incluyen normas que regulan el funcionamiento de la comisión, la ejecución de los proyectos en ambas cuencas y el intercambio de información. Asimismo, establecen la obligación de informar en caso de que se requieran ejecutar proyectos adicionales a los contemplados en el convenio y que pudieran afectar el programa conjunto de aprovechamiento. Sin embargo, no existe un procedimiento detallado como el que dispone la Convención de 1997 respecto a la notificación y plazos para responder en relación a medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otro Estado. Tampoco existe una regulación clara de los procedimientos para las consultas y negociaciones sobre dichas medidas. A pesar de lo anterior, el reglamento de la comisión brinda un marco legal adecuado para asegurar la información previa de medidas que pudieran afectar el uso racional y equitativo de las aguas compartidas.

### **3.1.4. Mecanismos institucionales**

La Comisión Mixta está integrada por dos Subcomisiones nacionales, una peruana y una ecuatoriana. Cada una de las Subcomisiones está integrada por representantes de distintos órganos administrativos nacionales. Los principales objetivos de la Comisión se disponen en el artículo 14 del Convenio de 1971: “a) Realizar estudios sobre las condiciones actuales de las cuencas (...) con el fin de establecer un programa de acciones y obras para su conservación y mejoramiento, fijando el financiamiento que corresponda a cada país; así como ejecutar los programas de obras que se acuerden (...); b) Establecer un programa coordinado para la obtención, manejo y procesamiento de la información (...) c) Preparar todos los documentos e informes que, dentro de su campo de acción y en relación a las cuencas, solicite cualquiera de las partes.”

### **3.1.5. Mecanismos de solución de conflictos**

No se establece ningún mecanismo específico para solucionar conflictos.

### **3.1.6. Comentario final**

El marco jurídico establecido por los instrumentos de derecho internacional analizados proporciona herramientas adecuadas para lograr un uso racional y equitativo de los recursos hídricos compartidos. Asimismo, establece un mecanismo institucional adecuado para coordinar la cooperación entre ambas Partes. Sin embargo, se podrían actualizar las normas procesales en caso de medidas proyectadas que pudieran causar un efecto perjudicial significativo y avanzar en el diseño de un mecanismo adecuado para solucionar controversias.

### 3.2. Laguna Merin. (Brasil y Uruguay)

**En este estudio se analizan los siguientes instrumentos de derecho internacional relacionados con la administración de las aguas internacionales de la Laguna Merin:**

- 1963 Canje de notas que constituyen un acuerdo entre Brasil y Uruguay estableciendo una comisión conjunta para el desarrollo de la Laguna Merin
- 1977 Tratado sobre cooperación para el aprovechamiento de los recursos naturales de la Cuenca de la Laguna Merin



#### 3.2.1. Ámbito de aplicación

El tratado de 1977 tiene por objeto promover el desarrollo integral de la Cuenca Merin (artículo 1). El ámbito territorial de aplicación comprende la “Cuenca de la Laguna Merín y sus áreas de influencia directa y ponderable” (artículo 5). De acuerdo al artículo 4 las acciones que se ejecuten dentro del marco del convenio tienen por propósito: “a) La elevación del nivel social y económico de los habitantes de la Cuenca; b) El abastecimiento de agua con fines domésticos, urbanos e industriales; c) La regulación de caudales y el control de las inundaciones; d) El establecimiento de un sistema de riego y drenaje para fines agropecuarios; e) La defensa y utilización adecuada de los recursos minerales, vegetales y animales; f) La producción, transmisión y utilización de energía hidroeléctrica; g) El incremento de medios de transporte y comunicaciones y de manera especial la navegación; h) El desarrollo industrial de la región; i) El desarrollo de proyectos específicos de interés mutuo.”

#### 3.2.2. Reglas substantivas

Las principales obligaciones que establece el Tratado de 1977 están relacionadas con la realización de “estudios, planes, programas y proyectos necesarios para la realización de obras comunes destinadas al mejor aprovechamiento de los recursos naturales de la Cuenca” (artículo 3 inciso b). En este sentido, las partes deben declarar de utilidad pública las áreas bajo su jurisdicción necesarias para la realización de obras comunes y practicar todos los actos administrativos y judiciales pertinentes para efectuar las expropiaciones y establecer las servidumbres que correspondan (artículo 14). Asimismo, de acuerdo al artículo 15, las partes “comprometen a otorgar todas las facilidades administrativas, las franquicias aduaneras y las exoneraciones fiscales que sean necesarias para la realización de las obras comunes (...).”

No se reconoce explícitamente la aplicación de los principios propios de la Convención de 1997, sólo el artículo 16 se refiere indirectamente al principio de no causar daño significativo al disponer que las partes “(...)tomarán las medidas adecuadas para que los diversos aprovechamientos de las aguas, la exploración y el uso de los recursos naturales del área, dentro de sus respectivas jurisdicciones, no causen perjuicio sensible a la navegación, a la cantidad o calidad del agua, o al medio ambiente.”

#### 3.2.3. Normas procedimentales

Los instrumentos de derecho internacional analizados contemplan ciertos procedimientos relativos al estudio, construcción, operación y mantenimiento de obras comunes. Sin embargo, no existen mayores disposiciones relativas a la obligación de informar ante el planeamiento de medidas que pudieran significar un perjuicio sensible a otra Parte.

#### 3.2.4. Mecanismos institucionales

De acuerdo al artículo 6 del Tratado de 1977 es responsable de la ejecución del Tratado la Comisión Mixta Uruguayo-Brasileña para el Desarrollo de la Cuenca de la Laguna Merín. La Comisión mixta tiene dos sedes, una en la ciudad de Treinta y Tres, República Oriental del Uruguay, y la otra en la ciudad de Porto Alegre, República Federativa del Brasil. Sin embargo, puede reunirse en cualquier punto del territorio de cada una de las Partes Contratantes (artículo 7). El artículo 10 incluye una extensa enumeración no taxativa de las funciones de la Comisión Mixta. Asimismo el artículo 9 dispone que los equipos de la Comisión Mixta gozan de facilidades para la libre circulación en la frontera y permanencia en el territorio de la Parte de la que no sean nacionales, facilidades aduaneras, fiscales y de tránsito.

#### 3.2.5. Resolución de conflictos

El artículo 18 establece claramente un orden subsecuente y subsidiario de instancias de solución de conflictos que debe seguirse ante “toda controversia que se suscitare entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Tratado (...)”. En primer lugar la controversia deberá ser por la Comisión

Mixta a propuesta de cualquiera de las respectivas Representaciones. Si al cabo de veinte días la Comisión mixta no logra un acuerdo se lo debe notificar a las partes para que éstas procuraren solucionar la cuestión por negociaciones directas. Finalmente, si las negociaciones directas no dan resultado, se debe recurrir a los procedimientos de solución pacífica previstos en los tratados internacionales vigentes entre ambas partes.

### 3.2.6. Comentario final

Los instrumentos de derecho internacional analizados establecen mecanismos de cooperación adecuados para la gestión integral de la cuenca de la Laguna Merín. Sin embargo, con el objeto de implementar una normativa moderna de derecho internacional de aguas, es necesario avanzar en el reconocimiento explícito de los principios de uso equitativo y racional de los recursos hídricos compartidos, así como también diseñar un mecanismo para regular el procedimiento que las Partes deben seguir ante el planeamiento de medidas que pudieran significar un perjuicio significativo a otro Estado.

### 3.3. Cuenca del Lago Titicaca, Río Desaguadero, Lago Poopo y Salar de Coipasa. (Perú y Bolivia)

Se analizan a continuación los siguientes instrumentos de derecho internacional relacionados con la aguas transfronterizas de la cuenca del Lago Titicaca:

- 1955 Acuerdo sobre la constitución de la Comisión Mixta Peruano - Boliviana de Estudios del Ferrocarril Puno - Guaqui y de aprovechamiento de aguas del Lago Titicaca.
- 1955 Convención preliminar para el estudio del aprovechamiento de las aguas del Lago Titicaca.
- 1957 Convenio para el Estudio Económico Preliminar del Aprovechamiento de las Aguas del Lago Titicaca.
- 1993 Acuerdo para la creación de la Autoridad Binacional Autónoma de la cuenca del sistema Lago Titicaca, Río Desaguadero, Lago Poopo y Salar de Coipasa.



#### 3.3.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de los instrumentos mencionados anteriormente estaría dado por los objetivos generales de la Autoridad Binacional establecidos en el artículo 2 del Acuerdo de 1993. Dicha Autoridad tiene como principales funciones promover y conducir las acciones, programas y proyectos y dictar las normas de ordenamiento, manejo, control y protección de la Cuenca del Sistema Hídrico del Titicaca, Río Desaguadero, Lago Poopo y Salar de Copaisa. Asimismo, dentro de sus funciones está efectuar un control de compatibilidad de “las actividades de toda naturaleza desempeñadas en la cuenca, con las normas y parámetros de uso de los recursos, establecidos en el Plan Director y aquellos establecidos por la Autoridad Binacional para la protección y el manejo del ecosistema.” En consecuencia, el ámbito de aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales analizados incluye la integridad de los sistemas hídricos anteriormente mencionados.

#### 3.3.2. Reglas substantivas

No se advierte una consagración explícita de los principios rectores de la Convención de 1997. Sin embargo, de las disposiciones del acuerdo de 1993 se desprende que la voluntad de las partes es proteger los ecosistemas del sistema hídrico, lo que podría interpretarse como una consagración implícita del principio de protección y preservación de los ecosistemas.

#### 3.3.3. Reglas de procedimiento

Los aspectos reglamentarios de los instrumentos internacionales que regulan el sistema hídrico se refieren principalmente al funcionamiento de la Comisión Binacional. Sin embargo no contemplan un procedimiento de notificaciones en caso de medidas que pudieran afectar significativamente al otro Estado.

#### 3.3.4. Mecanismos institucionales

El acuerdo de 1993 establece que la Autoridad Binacional es una “entidad de Derecho Internacional Público con plena autonomía de decisión y gestión en el ámbito técnico, administrativo y financiero”. El personal

de dicha institución goza de un status diplomático y los cargos directivos y profesionales están equilibradamente distribuidos entre funcionarios de ambas nacionalidades.

### 3.3.5. Solución de conflictos

El acuerdo de 1993 establece que la Comisión Binacional debe actuar como “primera instancia para conocer y orientar en casos de diferendos entre los dos países, en cuanto a la ejecución e interpretación del presente acuerdo.” Asimismo, dispone que ambos gobiernos deberán acordar un Reglamento de Solución de Diferendos.

### 3.3.6. Comentario final

Los instrumentos jurídicos internacionales analizados sientan un precedente adecuado para construir un marco jurídico moderno adecuado a los preceptos de la Convención de 1997. Es destacable la creación de una autoridad autónoma con poder de decisión en el ámbito de gestión, administrativo y financiero. Sin embargo, es importante destacar que los instrumentos jurídicos analizados no reconocen los principios de derecho internacional de aguas y tampoco regulan el procedimiento que se debe seguir ante el planeamiento de medidas que pudieran perjudicar significativamente al otro Estado.

### 3.4. Cuenca del Río Sixaola (Costa Rica y Panamá).

**Los siguientes instrumentos de derecho internacional establecen el marco para la regulación de las aguas transfronterizas de la cuenca del Río Sixaola:**

1992 Convenio sobre cooperación para el desarrollo transfronterizo  
(3 de mayo 1992)

2013 Reglamento para el establecimiento del estatuto de la Comisión Binacional de la Cuenca del Río Sixaola.



#### 3.4.1. Ámbito de aplicación

De acuerdo al artículo 1 del Reglamento de 2013 la Comisión Binacional de la Cuenca del Río Sixaola (Comisión Binacional) tiene competencia sobre la cuenca, incluyendo las subcuencas de los ríos Telire, Coén, Lari, Yorkín y Urén. Asimismo, se considera la desembocadura del Río Sixaola incluyendo las zonas marina y costera adyacente.

#### 3.4.2. Normas substantivas

El artículo 2 del reglamento reconoce explícitamente la aplicación de los tres principios rectores de la Convención de 1997. En dicho precepto se sostiene que ambos gobiernos estimularán a través de la Comisión Binacional “(...) el uso equitativo y razonable de las aguas y los recursos naturales que comparten, teniendo en cuenta los derechos de cada uno de ellos.” Asimismo, en relación a la obligación de no causar daños sensibles el mismo precepto establece que ambos países deben utilizar sus recursos naturales asegurándose que “(...) las actividades realizadas dentro del territorio de los mismos no causen daño social, económico y ambiental al Estado vecino.” Finalmente, la protección y preservación de los ecosistemas se establece que “... la conservación de los bienes y servicios ambientales de los ecosistemas son fundamentales para el desarrollo económico y el bienestar de la cuenca.”

#### 3.4.3. Normas de procedimiento

El Reglamento de 2013 establece una serie de obligaciones relacionadas con la cooperación en la gestión de la cuenca del Río Sixaola. De acuerdo al artículo 2 la Comisión Binacional sirve como plataforma técnica e interinstitucional para el intercambio de información. En este sentido el mismo precepto establece que “(...)se procurará la utilización de metodologías armonizadas, la recolección e intercambio de información científica y tecnológica sobre los recursos(...)”. No existe un procedimiento de notificaciones en caso de la planificación de medidas que pudieran tener un efecto adverso en el otro Estado. Sin embargo, se puede advertir que el marco de acción de la Comisión Binacional es suficiente como para que los Estados puedan evaluar conjuntamente la implementación de tales medidas.

#### 3.4.4. Mecanismos institucionales

La Comisión Binacional constituye una instancia binacional y transfronteriza de gobernanza para la gestión integral de la cuenca (artículo 3). La Comisión está compuesta por una Asamblea, integrada por

diferentes autoridades de organismos públicos costarricenses y panameños así como representantes de la sociedad civil; una Unidad Coordinadora, que actúa como el organismo administrativo de la Comisión; y los Grupos especiales de trabajo que eventualmente se pueden establecer para atender temas específicos.

### 3.4.5. Resolución de conflictos

De acuerdo al artículo 17 cualquier controversia que pueda surgir sobre la interpretación de o implementación de los estatutos de la Comisión Binacional debe ser resuelta mediante negociación, conciliación u otro medio específico de solución de controversias que decidan las partes. Si no es posible llegar a un acuerdo, el asunto se elevará al conocimiento de Comisión Binacional Permanente, creada mediante el Convenio de 1992.

### 3.4.6. Comentario final

La cuenca del Río Sixaola cuenta con un marco jurídico de cooperación que, de acuerdo a las disposiciones de la Convención de 1997, puede calificarse como moderno. Las disposiciones del Reglamento para el establecimiento del estatuto de la Comisión Binacional de la Cuenca del Río Sixaola efectivamente establecen los elementos jurídicos necesarios para implementar una gestión que asegure el aprovechamiento equitativo y racional de los recursos hídricos, la prevención de daños significativos al otro Estado y la protección y preservación de los ecosistemas.

## 3.5. Cuenca del Río de La Plata (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay)

**La Cuenca del Río de La Plata se encuentra regulada en su conjunto por el siguiente tratado Internacional:**

- 1969 Tratado de la Cuenca del Plata. (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay)

### 3.5.1. Ámbito de aplicación

De acuerdo al artículo 1 el tratado se aplica a la Cuenca del Plata y toda su área de influencia y tiene por objeto mancomunar esfuerzos con el objeto de promover el desarrollo armónico y la integración física de la cuenca.

### 3.5.2. Normas substantivas

El artículo I Parágrafo Único enumera los objetivos de la cooperación conjunta. De dichos objetivos se desprende que existe un reconocimiento implícito de algunos de los principios contenidos en la Convención de 1997. El inciso b) de dicho artículo reconoce el principio de uso equitativo y racional al disponer que las partes deben promover “La utilización racional del recurso del agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo.” Asimismo el principio de protección y preservación de los ecosistemas está parcialmente reconocido en el inciso (c) del mismo precepto, el cual dispone que las partes deberán promover “La preservación y el fomento de la vida animal y vegetal.”

### 3.5.3. Normas de procedimiento

El tratado prácticamente no establece procedimientos más allá de una obligación general de cooperar para la consecución de los objetivos conjuntos en relación a la cuenca.

### 3.5.4. Mecanismos institucionales

De acuerdo al artículo III, el Comité Intergubernamental Coordinador es reconocido como el órgano permanente de la cuenca encargado de promover y coordinar la marcha de las acciones multilaterales que tengan por objeto integral de la Cuenca del Plata. El mismo tratado dispone que se debe elaborar un estatuto para regular el comité.

### 3.5.5. Resolución de conflictos

El tratado no contiene disposiciones relativas a la solución de controversias.

### 3.5.6. Comentario final

El tratado analizado establece un marco jurídico que contiene disposiciones generales, las cuales que son más bien un acuerdo de intenciones para promover conjuntamente el desarrollo armónico y la in-



tegración física de la cuenca, tal como se desprende de su artículo I. En este sentido es destacable que se reconozcan los principios de uso equitativo y racional y la protección y preservación de los ecosistemas.

### 3.6. Río Pilcomayo (Argentina, Bolivia, Paraguay)

**En el presente estudio se analizan los siguientes instrumentos de derecho internacional relacionados con la cuenca del Río Pilcomayo:**

- 1994 Acuerdo por canje de notas entre la República Argentina y la República del Paraguay sobre adopción del Estatuto de la Comisión Binacional Administradora de la cuenca inferior del Río Pilcomayo (Argentina y Paraguay)
- 1995 Acuerdo constitutivo de la Comisión Trinacional para el desarrollo de la cuenca del Río Pilcomayo (Argentina, Bolivia y Paraguay)



#### 3.6.1. Ámbito de aplicación

El Acuerdo de 1994 establece que su ámbito espacial de aplicación incluye la Cuenca Inferior del Río Pilcomayo, en el tramo compartido entre la República de Argentina y la República del Paraguay situado entre la localidad de Esmeralda y la desembocadura en el Río Paraguay. Por su parte, el Acuerdo de 1995 tendría aplicación en toda la Cuenca del Río Pilcomayo, tal como se desprende de la regulación de las funciones de la Comisión Trinacional: el artículo IV dispone que la Comisión Trinacional “será responsable del estudio y ejecución de proyectos conjuntos en el Río Pilcomayo que propendan al desarrollo de la Cuenca”.

#### 3.6.2. Reglas substantivas

Ambos acuerdos reconocen implícitamente la aplicación del principio de uso equitativo y racional del agua y la protección y preservación de ecosistemas al regular las funciones de la Comisión Binacional y la Comisión Trinacional respectivamente. El acuerdo de 1994 en su artículo IV inciso dispone que la Comisión Binacional tiene por función “(...) la adopción de las medidas tendientes a facilitar la distribución equitativa de las aguas (...)”. Asimismo el inciso c) se refiere a la “(...) adopción de medidas referidas la preservación del medio ambiente y la calidad de las aguas.” Por su parte el acuerdo de 1995 en su artículo IV inciso a) dispone que son funciones de la Comisión Trinacional “continuar los estudios y trabajos necesarios para lograr el aprovechamiento múltiple, racional y armónico de los recursos del río (...)”. Por su parte el inciso m) establece que son funciones de dicha Comisión “coordinar la adopción de medidas adecuadas para evitar alteraciones en el equilibrio ecológico (...)”

#### 3.6.3. Reglas de procedimiento

Ambos tratados establecen diversos procedimientos dentro del marco de actuación de la Comisión Binacional y la Comisión Trinacional respectivamente. Asimismo, ambos tratados establecen el deber de informar a las Partes mediante la elaboración de informes de actividades. No existen disposiciones similares a la Convención de 1997 en relación a la notificación de medidas que pudieran afectar los usos de las aguas compartidas.

#### 3.6.4. Mecanismos institucionales

El acuerdo de 1994 establece el Estatuto de la Comisión Binacional, compuesta por un delegado de cada parte y los asesores que los respectivos gobiernos consideren conveniente. La Comisión binacional actúa como Autoridad Hidrológica y es responsable de la gestión integral de la cuenca inferior del Río Pilcomayo, “(...) comprendiendo todo lo referido al uso y regulación de caudales, proyecto y ejecución de obras, calidad de aguas arriba y abajo.” Por su parte el Acuerdo de 1995 establece la Comisión Trinacional, encargada de los estudios y proyectos que propendan al desarrollo de la cuenca. La Comisión está constituida por un Consejo de Delegados bajo cuya dependencia está la Dirección Ejecutiva.

#### 3.6.5. Solución de conflictos

Ambos acuerdos establecen disposiciones en caso de existir controversias. Si el conflicto no puede ser resuelto dentro del marco de las comisiones, debe ser elevado a los Estados Partes para que se procure resolver la cuestión mediante negociaciones directas.

### 3.6.6. Comentario final

El establecimiento de una comisión trinacional demuestra que existe la voluntad de los Estados de cooperar para obtener un aprovechamiento racional y equitativo de los recursos de la subcuenca del Río Pilcomayo. Asimismo, ambos acuerdos establecen un marco jurídico que sienta las bases para poder avanzar hacia una regulación que reconozca e implemente efectivamente los principios rectores de la Convención de 1997 y desarrolle un procedimiento apropiado en caso del planeamiento de medidas que pudieran afectar significativamente a otros Estados.

### 3.7. Río Uruguay (Argentina, Brasil, Uruguay)

**A continuación se analizan los siguientes instrumentos de derecho internacional que regulan el aprovechamiento de las aguas compartidas de la subcuenca del Río Uruguay**

- 1961 Tratado de límites en el Río Uruguay entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Oriental del Uruguay
- 1975 Estatuto del Río Uruguay entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Oriental del Uruguay.
- 1980 Tratado entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos de los tramos limítrofes del Río Uruguay y de su afluente el Río Pepiri-Guazu.



#### 3.7.1. Ámbito de aplicación

El Estatuto de 1975 se aplica al aprovechamiento del Río Uruguay en los tramos limítrofes y en la forma establecido en el Tratado de Límites de 1961. Por su parte el Tratado de 1980 se aplica al aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos en los tramos limítrofes entre Argentina y Brasil del Río Uruguay y de su afluente el Río Pepiri-Guazú. Es importante destacar que el tratado regula principalmente el aprovechamiento hidroeléctrico de la subcuenca, a pesar de que el Artículo I establece que también regula las condiciones de navegabilidad, atenuación de los efectos de las crecidas y utilización de las aguas para fines consuntivos.

#### 3.7.2. Normas substantivas

El Estatuto de 1975 reconoce el principio de utilización equitativa y razonable de las aguas compartidas en su artículo 1 al definir los propósitos del Estatuto. Dicho precepto normativo dispone que el fin es "(...) establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay (...)". Asimismo, el artículo 36 reconoce el principio de protección de los ecosistemas disponiendo que "Las Partes coordinarán (...) las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos (...)". Por su parte, el Tratado de 1980 en su artículo I se refiere a la "utilización racional de sus aguas para usos consuntivos", reconociendo parcialmente el principio de uso equitativo y razonable de las aguas compartidas. El mismo artículo establece que las obras a ser ejecutadas "(...) tendrán presente la necesidad de preservar el medio ambiente, la fauna, la flora y la calidad de las aguas(...)" lo que podría entenderse como un reconocimiento del principio de protección de los ecosistemas. Asimismo la obligación de no causar daño significativo está reconocida en el artículo III que el aprovechamiento de las aguas en los tramos no compartidos se hará por cada país "(...) conforme a sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible al otro país."

#### 3.7.3. Normas de procedimiento

El Estatuto de 1975 regula ampliamente el intercambio de información entre ambas Partes. Asimismo, en sus artículos 7º y siguientes, establece un procedimiento de notificaciones en caso de una de las Partes "(...) proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas" Dicho procedimiento de notificación guarda similitud con la obligación de información en caso de planeamiento de medidas establecido en la Convención de 1997. Asimismo, el Tratado de 1980 regula sucintamente un procedimiento para el caso de medidas que pudieran afectar significativamente a la otra Parte.

En efecto, el artículo III establece que “(...) los eventuales perjuicios sensibles que se puedan producir aguas abajo como consecuencia de la regulación de los referidos ríos deberán prevenirse en la medida de lo posible y su apreciación y calificación no podrán definirse unilateralmente (...)”. A continuación establece la obligación de resolver las reclamaciones a que den lugar esas medidas en el plazo más breve posible.

### 3.7.4. Mecanismos institucionales

El Estatuto de 1975 fija una Comisión Administradora del Río Uruguay compuesta por igual número de delegados de por cada una de las Partes. Dicha Comisión funciona en forma independiente y tiene su propia Secretaría. Las funciones de la Comisión están reguladas en el artículo 56 e incluye la dictación de normas reglamentarias, coordinación de estudios, elaboración de diversos procedimientos y formalidades entre otras tareas administrativas de coordinación y cooperación. El Tratado de 1980 establece una Comisión Coordinadora encargada de coordinar el cumplimiento de las obligaciones de cooperación, así como la actuación de las Entidades Ejecutivas en la realización de los programas, estudios proyectos construcción, mantenimiento y operación entre otras actividades de aprovechamiento hidroeléctrico. Las Entidades Ejecutivas son las entidades públicas o coordinadas por el Poder Público, encargadas de ejecutar y operar las obras de aprovechamiento. Por su parte, el Tratado de 1980 contiene ciertos procedimientos destinados principalmente a regular el planeamiento, construcción y operación de las instalaciones hidroeléctricas.

### 3.7.5. Solución de conflictos

El Estatuto de 1975 establece en sus artículo 58 y siguientes un orden de instancias a seguir en caso de controversias. En primer lugar debe ser considerada por la Comisión y, en caso de no se llegarse a un acuerdo, la controversia debe ser elevada al conocimiento de las Partes para que se procure solucionar mediante negociaciones directas. En caso de no fructificar las negociaciones, el asunto puede ser sometido al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia. Por su parte, el Tratado de 1980 simplemente establece que cualquier divergencia en cuanto a la interpretación o aplicación del mismo se resolverá por “(...) medios diplomáticos usuales, lo que no retardará o interrumpirá la ejecución de las obras ni la operación de sus instalaciones”.

### 3.7.6. Comentario final

En los instrumentos de derecho internacional analizados se reconoce un marco jurídico completo que se apega al contenido de la Convención de 1997. El Estatuto de 1975 contiene una normativa que se ajusta al derecho internacional de aguas moderno y que establece los mecanismos procedimentales e institucionales adecuados para gestionar integralmente los recursos hídricos compartidos entre Argentina y Uruguay. Por su parte, el Tratado de 1980, a pesar de que regula preeminentemente el aprovechamiento hidroeléctrico de la subcuenca del Río Uruguay entre Argentina y Brasil, también contempla disposiciones destinadas a regular en forma racional y equitativa otros usos del agua en la subcuenca.

## 3.8. Río Cuareim (Uruguay y Brasil)

**En relación a esta subcuenca compartida se analizan los siguientes instrumentos de derecho internacional:**

- 1991 Acuerdo de cooperación para el aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo de la cuenca del Río Cuareim.
- 1997 Ajuste complementario al acuerdo de cooperación para el aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo de la cuenca del río Cuareim.

### 3.8.1. Ámbito de aplicación

El artículo III del acuerdo de 1991 establece que su ámbito de aplicación es la “(...) cuenca del Río Cuareim y las áreas de su influencia directa y ponderable que, de ser necesario, serán determinadas de común acuerdo por las Partes Contratantes.” El convenio tiene por objeto general promover el desarrollo de la cuenca. Por su parte, el ajuste complementario de 1997 en su artículo I establece que “El presente Ajuste Complementario dispone sobre el uso racional y sustentable del Río Cuareim”.



### 3.8.2. Normas substantivas

El acuerdo de 1991 reconoce explícitamente en su artículo II inciso b), que las Partes procurarán alcanzar, entre otros propósitos “(...) la utilización racional y equitativa del agua con fines domésticos urbanos, agropecuarios e industriales.” Al respecto el artículo II de ajuste complementario de 1997 establece una jerarquía respecto a un uso específico del agua al disponer que “se dará prioridad al abastecimiento de agua potable a las poblaciones ribereñas (...)” El artículo II en su inciso k) establece como uno de los propósitos del acuerdo la “(...) recuperación y conservación del medio ambiente.” Esta disposición podría considerarse como un reconocimiento implícito del principio de protección y conservación de los ecosistemas. No hay referencias a la obligación de no causar daño significativo a otros Estados.

### 3.8.3. Normas de procedimiento

El acuerdo de 1991 y el ajuste complementario de 1997 prácticamente no contienen normas de procedimiento. Sólo algunas disposiciones relativas al intercambio de información entre las partes y la Comisión Mixta. No hay disposiciones relativas a la obligación de informar ante el planeamiento de medidas que pudieran afectar a la otra parte.

### 3.8.4. Mecanismos institucionales

En su artículo IV, el convenio de 1991 establece que la ejecución de sus disposiciones estará a cargo de la Comisión Mixta Uruguayo Brasileña para el Desarrollo de la Cuenca del Río Cuareim. Es interesante mencionar que el mismo artículo dispone que hasta que las partes aprueben su estatuto propio y le asignen los fondos necesarios para su funcionamiento, la Comisión Mixta se regirá por las normas del Estatuto de la Comisión Mixta Uruguayo-Brasileña para el Desarrollo de la Cuenca de la Laguna Merín, debiendo utilizar su estructura física y organizativa. Lo que dicha disposición hace en realidad es fusionar la administración de ambas cuencas en una sola institución, lo que parece adecuado en atención a que se trata de dos cuencas compartidas entre las mismas partes.

### 3.8.5. Solución de controversias

No se contemplan disposiciones relativas a la solución de posibles controversias.

### 3.8.6. Comentario final

La subcuenca del Río Cuareim cuenta con un marco jurídico que sienta las bases para avanzar hacia una regulación que reconozca en forma cabal los preceptos jurídicos modernos relativos a la administración de aguas internacionales. Es importante destacar la necesidad de contar con procedimientos adecuados para el caso de que un Estado planee medidas que pueden perjudicar significativamente a otra Parte. Asimismo, es de vital importancia contar con un mecanismo de resolución de conflictos.

## 3.9. Río Bermejo y su afluente el Río Grande de Tarija (Argentina y Bolivia)

En relación a esta subcuenca en el presente estudio se analiza el siguiente instrumento de derecho internacional:

- 1995 Acuerdo para el aprovechamiento múltiple de los recursos de la Alta cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija: creación de Comisión Binacional.

### 3.9.1. Ámbito de aplicación

De acuerdo al artículo I inciso a) del Acuerdo éste se aplica a la Alta cuenca del Río Bermejo y el río Grande de Tarija, incluyendo “toda su área de influencia”. En éste ámbito el convenio tiene por objeto impulsar el desarrollo sostenible, optimizar el aprovechamiento de los recursos naturales, generar puestos de trabajo y gestionar los recursos hídricos de forma racional y equitativa. Entre otros usos, el acuerdo explícitamente menciona la producción de energía eléctrica, riego, control de crecidas, explotación de fauna y usos industriales y recreativos.



### 3.9.2. Normas substantivas

El acuerdo de 1995 en su artículo I establece, entre otros objetivos, permitir "(...) la gestión racional y equitativa de los recursos hídricos". Sin embargo, de las demás disposiciones del acuerdo no se advierte la consagración explícita de la obligación de no causar daño significativo a otros Estados o del principio de protección y preservación de los ecosistemas.

### 3.9.3. Normas de procedimiento

El acuerdo incluye ciertos procedimientos para el funcionamiento de la Comisión Binacional, sin embargo no existen disposiciones relativas al intercambio de información o a notificaciones en caso de planeamiento de medidas que puedan afectar significativamente a la otra Parte.

### 3.9.4. Mecanismos institucionales

Mediante el acuerdo de 1995 se crea la Comisión Binacional para el Desarrollo de la Alta Cuenca del Río Bermejo y el Río Grande de Tarija. Esta institución tiene por objeto realizar todas aquellas gestiones necesarias para el desarrollo de la cuenca. Está constituida por dos delegados de cada Estado miembro.

### 3.9.5. Solución de controversias

El artículo XIII establece que las controversias entre las Partes que no hubieran sido solucionadas por negociaciones directas, serán resueltas de conformidad con el régimen especial de solución de controversias que las partes convengan oportunamente. En forma subsidiaria se aplicará el Tratado general de Arbitraje suscrito entre ambas partes con fecha 3 de febrero de 1902.

### 3.9.6. Comentario final

El acuerdo de 1995 establece un marco jurídico de cooperación para el desarrollo integral de la cuenca del Río Bermejo y su afluente el Río Grande de Tarija que permite coordinar los proyectos necesarios para un desarrollo equitativo y racional de los recursos hídricos. En este sentido, el diseño de normas procesales destinadas a regular el intercambio de información y los procedimientos de notificaciones en caso de planeamiento de medidas que pudieran afectar significativamente al otro Estado ribereño podrían fortalecer la gobernanza en la cuenca. Asimismo, el reconocimiento explícito de los principios de no causar daño significativo a otros Estados o del principio de protección y preservación de los ecosistemas acercaría dicho marco jurídico al contenido de la Convención de 1997.

## 3.10. Río Paraná (Argentina, Brasil, Paraguay)

La subcuenca del río Paraná compartida entre Argentina, Brasil y Paraguay cuenta con una extensa regulación, en la que destacan los siguientes instrumentos de derecho internacional: 1971 Convenio para estudio del aprovechamiento de los recursos del Río Paraná (Argentina, Paraguay); 1973 Tratado de Itaipú, (Brasil, Paraguay); 1973 Tratado de Yacyretá, (Argentina, Paraguay); 1979 Acuerdo tripartito (Brasil, Paraguay, Argentina); y 1998 Reglamento técnico administrativo de la Comisión Mixta Argentino Paraguaya del Río Paraná. (Argentina Paraguay). Sin embargo, en este estudio no se analizan dichos cuerpos jurídicos en atención a que se refieren preeminentemente a la generación y aprovechamiento de energía hidroeléctrica.

## 3.11. Cuencas compartidas entre Chile y Argentina

Las cuencas compartidas entre Argentina y Chile se encuentran reguladas por el Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrográficas de 1971 y el Tratado sobre Medio Ambiente y el Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos de 1991. Éste último, en su artículo 5, establece la necesidad de elaborar Planes Generales de Utilización (PGU). Se ha creado también una Comisión Binacional de Cooperación Económica e Integración Física – Subcomisión de Recursos Naturales Compartidos. Sin embargo, por exceder el alcance de este estudio, no se analizan los diferentes PGU que pudieran estar vigentes.



## CONCLUSIÓN

Del análisis efectuado se desprende que sólo dos de las 55 cuencas transfronterizas identificadas en Latinoamérica cuentan con un marco jurídico de cooperación que, de acuerdo a las disposiciones de la Convención de 1997, puede considerarse como moderno. Estas dos cuencas son las del Río Sixaola y Río Uruguay<sup>7</sup>.

Asimismo, de las cuencas analizadas en este estudio, muy pocas cuentan con tratados apegados a los preceptos modernos del derecho internacional de aguas. Sólo 4 de ellas (Río Catamayo-Chira, Río Puyango-Tumbes, Río Sixaola y Río Uruguay) cuentan con tratados que reconocen la aplicación de los tres principios jurídicos fundamentales que dispone la Convención de 1997. Esta situación representa un riesgo alto para la estabilidad política, social y económica de la región, considerando la importancia que tienen las aguas transfronterizas para el desarrollo de las naciones Latinoamericanas.

Consecuentemente, es necesario impulsar la elaboración e implementación de marcos jurídicos que se apeguen al derecho internacional de aguas moderno, con el objeto de reducir este vacío normativo respecto de las aguas compartidas que no cuentan con mecanismos formales de cooperación creados a través de instrumentos de Derecho Internacional.

## REFERENCIAS

- Aguilar, G & Iza, A 2011, *Governance of shared waters. Legal and institutional issues*, IUCN, Gland, Switzerland.
- Akhmouch, A 2012, *Water Governance in Latin America and the Caribbean: A Multi-Level Approach*, OECD Regional Development Working Papers.
- Boeglin, N 2012, "Acuíferos transfronterizos: respuestas desde el derecho internacional y vacíos en Centroamérica", *Boletín geológico y minero*, 123, 3, pp. 235-248.
- Dourojeanni, A 2001, *Water Management At The River Basin Level : Challenges In Latin America / Axel Dourojeanni R*, CEPAL/ECLAC, Natural Resources and Infrastructure Division, Santiago.
- Giordano, M 2003, 'Managing the Quality of International Rivers: Global Principles and Basin Practice', *Natural Resources Journal*, 43, p. 111.
- López A & Sancho, R, 2013, "Central America", in Loures, F & Rieu-Clarke, A 2013 (eds.), *The UN Watercourses Convention In Force: Strengthening International Law For Transboundary Water Management*, Routledge, USA/Canada.
- Querol, M 2003, *Estudio Sobre Los Convenios Y Acuerdos De Cooperación Entre Los Países De América Latina Y El Caribe, En Relación Con Sistemas Hídricos Y Cuerpos De Agua Transfronterizos*, CEPAL/ECLAC, Santiago.
- Rieu-Clarke, A, Moynihan, R, Magsig, B-O 2012 *UN Watercourses Convention – User's Guide*, CWLPS, Dundee.
- UNEP 2013, Transboundary Waters Assessment Program, TWAP FSP River Basins Component Interim report – preliminary results, UNEP, Nairobi, visto el 6 de febrero de 2015, < <http://twap-rivers.org/#results-data-portal>>.
- United Nations 2015, Treaty collection, visto el 6 de febrero de 2015 [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en#EndDec)
- United Nations Environmental Programme 2007, *Hydropolitical Vulnerability & Resilience along International Waters: Latin America & the Caribbean*, p. 17 & 38, visto el 20 de febrero de 2015, [http://www.unep.org/publications/contents/pub\\_details\\_search.asp?ID=4035](http://www.unep.org/publications/contents/pub_details_search.asp?ID=4035)
- University of Dundee 2015, UN Watercourses Convention. Online User's Guide, visto el 20 de febrero de 2015 <http://www.unwatercoursesconvention.org/the-convention/>
- Weiss, EB 2013, *International Law For A Water-Scarce World*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers.
- Wouters, P, Vinogradov, S, Allan, A, Jones, P & Rieu-Clarke, A 2005, *Sharing transboundary waters: an integrated assessment of equitable entitlement: the legal assessment model*. IHP-VI Technical Document in Hydrology, no. 74, International Hydrological Programme (IHP) of the United Nations, Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO).

<sup>7</sup> Tal como se explicó precedentemente, la subcuenca del Río Uruguay forma parte de la cuenca de La Plata, por lo tanto, bajo un criterio estricto tampoco se debería contabilizar como una cuenca regulada por un marco jurídico internacional moderno.

## 1.2 Alcances del Derecho Humano al acceso al agua y el saneamiento en el contexto de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH)

Liliana Arrieta Quesada



*GIRH, derechos humanos, HRBA, estándares, indicadores, implementación.*

*Los derechos humanos son derechos civiles, económicos, políticos y culturales inherentes a todo ser humano y aplican con independencia de su nacionalidad, raza, sexo, orientación sexual, etnia, religión o lugar de residencia y sin discriminación alguna. El derecho humano al agua y el saneamiento es “un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/64/L.63, 2010.*

*Estos derechos generan en sus titulares legitimación para exigir su **respeto, protección y realización** y como contraparte producen las mismas obligaciones del Estado y garantiza la protección en instancias de justicia internacional. Pero, ¿cómo saber si un Estado cumple a satisfacción o no con el marco regulatorio de los derechos humanos? Para ello se han creado estándares y parámetros contra los cuales podemos comparar la actuación de un Estado en determinada situación. En el caso del derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento, la Observación General No 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados deben cumplir con los siguientes parámetros: Los servicios deben ser continuos y suficientes para el uso personal y doméstico. La OMS, ha considerado necesarios entre 50 y 100 ls de agua por persona al día. La fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros y el tiempo necesario para proveerse del agua no debe superar los 30 minutos.*

*En este ensayo, procuraremos establecer un vínculo con la GIRH, que ha surgido como un cambio de paradigma en la gestión del agua, interpretando procesos globales paralelos, que se interconectan en la práctica, en razón del ciclo hidrológico y las cuencas, con para superar la distribución por usos y competencias.*

En las últimas décadas el tema de la sostenibilidad del agua ha estado en la agenda internacional pública, en las Metas de Desarrollo del Milenio, en tratados y convenciones, en acuerdos regionales y globales y Acuerdos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mientras que la preocupación de la comunidad internacional por los Derechos Humanos se retrae formalmente a 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los derechos humanos son derechos civiles, económicos, políticos y culturales inherentes a todo ser humano y aplican con independencia de su nacionalidad, raza, sexo, orientación sexual, etnia, religión o lugar de residencia y sin discriminación alguna. Por su parte, el derecho humano al agua y el saneamiento es “un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/64/L.63 adoptado el 28 de julio del 2010<sup>8</sup>. Los derechos humanos se caracterizan por ser universales, inalienables, interdependientes e indivisibles.



<sup>8</sup> Como antecedentes, ver las resoluciones 54/175, de 17 de diciembre de 1999, sobre el derecho al desarrollo; la 55/196, de 20 de diciembre de 2000, Año Internacional del Agua Dulce; 58/217, de 23 de diciembre de 2003, Decenio Internacional para la Acción, “El Agua, Fuente de Vida” (2005-2015); la 61/192, de 20 de diciembre de 2006, 2008 Año Internacional del Saneamiento; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ambas de junio de 1992.

Si bien estos derechos se originan en el Derecho Internacional, y que de acuerdo con Nikken<sup>9</sup>, -su exigibilidad no depende de su consagración legislativa por tratarse de derechos subjetivos que emanan de la dignidad humana y que la resguardan frente a desiguales relaciones de poder social-; lo cierto es que la incorporación de los derechos humanos y sus garantías en las constituciones nacionales, establece una importante garantía, dado que todas las regulaciones de menor rango deben ajustarse a la Constitución y darle cumplimiento por vía de interpretación y contenido en las actuaciones de los poderes del Estado.

Pero, ¿qué entendemos por derechos? Su origen lo encontramos en la raíz latina “*directum*”, ‘**lo que está conforme a la regla**’. Mientras que en el español jurídico, el adjetivo etimológico responde a las acepciones de *justo, fundado, legítimo*<sup>10</sup>. Los derechos responden a una serie de postulados que regulan la convivencia en sociedad, es decir, para que existan derechos se requiere un contexto en el que al menos participen dos personas, una titular del derecho y la otra la responsable de respetarlo. En el caso de los derechos humanos<sup>11</sup>, se entiende el: “*Conjunto de facultades y garantías que cualquier persona debe tener para que sea protegida su integridad física y su dignidad moral*”. Mientras que los derechos fundamentales, son referidos a aquellos que son inherentes a la dignidad humana y resultan necesarios para el libre desarrollo de la personalidad.

Los derechos humanos se levantan además como un límite infranqueable frente al accionar del poder y por ende un elemento indisoluble del concepto moderno de Estado de Derecho. Estos derechos generan en sus titulares, legitimación para exigir su **respeto, protección y realización** y como contraparte se generan las mismas obligaciones del Estado frente a sus titulares y la obligación de garantizar la protección de esos derechos en instancias de justicia nacional e internacional. El incumplimiento de estos derechos en una persona determinada, genera responsabilidad del Estado por conducta ilícita. Más adelante desarrollaremos los alcances de estos conceptos respecto al derecho humano al agua y al saneamiento.

Ahora bien, teniendo claro el concepto, ¿cómo saber si un Estado cumple a satisfacción o no con el marco regulatorio de los derechos humanos? Para ello se han creado estándares y parámetros contra los cuales podemos comparar la actuación de un Estado en determinada situación. Estos estándares, -que pueden ser técnicos o políticos-, son la conducta esperada por parte del Estado o bien de un tercero en posición de poder o que actúe en nombre del Estado o lo represente, en los términos que establece la teoría del *Belonging* del derecho internacional público; es el comportamiento del poder público. Este parámetro permite evaluar objetivamente el accionar de quienes tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos.

En el caso del derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento, una de las principales fuentes para verificar su cumplimiento, es la Observación General No 15 del el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, -en adelante CESCR-, adoptado en noviembre del 2002<sup>12</sup>, en el que se establece el alcance de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y consigna: “*El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*”, mientras que el derecho al saneamiento reviste de importancia fundamental para la dignidad humana y la esfera privada, muy particularmente en el caso de las niñas y las mujeres<sup>13</sup>. El punto 1 de la Observación No 15, dispone:

---

9 Pedro Nikken. XXVIII Curso Interdisciplinario del IIDH. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista IIDH Vol 52, pág. 56, 2010. Visible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>

10 Diccionario de la Real Academia Española. Visible en: <http://www.wordreference.com/es/en/frames.aspx?derecho> También como alianza u obligación a la ley, ver Jesús Bogarín Díaz, De nuevo sobre el Concepto Etimológico de Derecho, Derecho y conocimiento, Vol. 1, ISSN 1578-8202 Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Visible en: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B03.pdf>

11 Diccionario de la Real Academia Española.

12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR). Observación General N° 15, para ver el texto completo, visitar: [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15)

13 El tema de la Igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de los derechos humanos, ha sido abordado específicamente por el CESCR, en la Observación General No 16, 34° período de sesiones (2005), que en lo que interesa dispone: “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de todos los derechos humanos es uno de los principios fundamentales reconocidos por el derecho internacional y recogidos en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege derechos humanos que son fundamentales para la dignidad humana de toda persona. En particular, su artículo 3 prevé la igualdad de derechos del hombre y la mujer al goce de los derechos que enuncia. Esta disposición se basa en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Salvo la referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es también idéntica al artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se redactó al mismo tiempo.”

*“1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.”*

Además del Comité sus Observaciones Generales, la referencia indispensable para establecer los alcances de estos derechos fundamentales lo es la Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas, A/RES/64/292.

De acuerdo con este Comité, y con apoyo de criterios de la FAO y la OMS, para hacer efectivos estos derechos, los Estados deben cumplir con los siguientes parámetros: Los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento para cada persona deben ser continuos y suficientes para el uso personal y doméstico. Específicamente se considera el agua para tomar, el baño e higiene personal, lavado de ropa, preparación de alimentos y limpieza del hogar. Sobre la base de las consideraciones anteriores la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha considerado necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para cubrir las necesidades básicas enumeradas. El agua debe ser salubre, es decir, estar libre de micro-organismos, sustancias químicas y amenazas radiológicas que constituyan un peligro para la salud humana. Nuevamente, las Guías para la calidad del agua potable de la OMS son el referente para los estándares nacionales. Las aguas residuales y las deposiciones deberán disponerse de forma segura y los servicios deben garantizar la privacidad y considerar las necesidades específicas para la higiene menstrual de las mujeres e incorporar aspectos culturales, religiosos y de género. Los servicios deben ubicarse dentro o en las inmediaciones del hogar, o asentamiento, lugar de trabajo o instituciones educativas y considerar las necesidades especiales de las personas con discapacidad y los niños y niñas. El parámetro de cumplimiento establecido por la OMS, es que la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo necesario para proveerse del agua no debe superar los 30 minutos. Los costos de los servicios de agua y saneamiento no deberían superar el 5% de los ingresos del hogar, para no afectar la capacidad familiar para suplir otras necesidades esenciales y la educación.

El agua además de ser un elemento vital para los seres humanos, es un factor clave de desarrollo económico y social que también tiene una función básica en el mantenimiento de las funciones y los servicios de los ecosistemas. Sin embargo; así como los derechos humanos no pueden analizarse de manera aislada<sup>14</sup> ya que todos convergen en un mismo titular; en la gestión del recurso hídrico, éste no puede separarse de su interacción con los demás recursos vitales, ni de los usuarios ni de su interacción con el clima o los procesos demográficos y de desarrollo que le imponen gran presión en términos de disponibilidad tanto en calidad como en cantidad.

En este ensayo, procuraremos mostrar el vínculo existente entre los conceptos expuestos en la primera parte y el de la Gestión Integrada del Recurso Hídrico, GIRH, que ha surgido en las últimas décadas como un cambio de paradigma en la gestión del agua para superar los problemas asociados con el enfoque histórico sectorial y que incorpora los elementos de gobernabilidad del recurso, así como el reconocimiento de las necesidades de los ecosistemas. Desde el punto de vista de la GIRH, todos los procesos, económicos, sociales, políticos y ambientales se interconectan en la práctica, en respuesta al ciclo hidrológico, por eso se promueve al abordaje por cuencas y una de las metas de la gestión por cuencas es superar la distribución de competencia por espacios geopolíticos que imponen fronteras inexistentes para los recursos naturales y que han sido la práctica tradicional, la misma que ha puesto en riesgo la disponibilidad y calidad del recurso, imposibilitando su reuso y convirtiéndose en una importante fuente de conflictos entre comunidades y sectores. La GIRH surgió como un proceso sistemático para el desarrollo sostenible, y como tal incorpora el enfoque basado en derechos humanos<sup>15</sup> como algo consustancial a su naturaleza y los principios de Dublín. Para ello es necesario que los operadores de planes y proyectos y los diseñadores de políticas públicas en el ámbito del recurso hídrico, incorporen en todas las fases del ciclo de programación de la GIRH, -diagnóstico, análisis, planificación, ejecución, monitoreo y evaluación-, los elementos y parámetros dados para verificar el cumplimiento de los derechos humanos al agua y el saneamiento y la consideración de las poblaciones más vulnerables y marginadas.

<sup>14</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 32/130, adoptada tras la Cumbre de Viena de 1993 proclamó al carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos.

<sup>15</sup> Un enfoque basado en los derechos humanos consiste en potenciar a las personas a conocer y reivindicar sus derechos y aumentar la capacidad y la responsabilidad de las personas y las instituciones que son responsables de respetar, proteger y cumplir los derechos. Para ampliar sobre este enfoque ver PREGUNTAS FRECUENTES SOBRE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS, Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, NY 2006, visible en: <http://www.un.org/es/events/humanrightsdays/2013/achievements.shtml>

Los Principios de Dublín, son cuatro declaraciones con contenido programático, que operan como guía de la gestión del agua:

1. El agua es un recurso único y finito, esencial para la vida, el desarrollo y el ambiente.
2. La gestión del agua y su desarrollo debe basarse en un enfoque participativo, involucrar a los usuarios, planificadores y políticos de todos los niveles.
3. La mujer juega un papel central en la provisión, gestión, y cuidado del agua.
4. El agua tiene valor económico en todos sus usos competitivos y debe ser reconocido como un bien económico.

Los responsables de la implementación de la GIRH, deben tomar en consideración además de los Principios de Dublín, lo dispuesto en el Capítulo 18 de la Agenda 21, específicamente el punto 18.5, en sus siete componentes:

- a) Ordenación y aprovechamiento integrados de los recursos hídricos;
- b) Evaluación de los recursos hídricos;
- c) Protección de los recursos hídricos, la calidad del agua y los ecosistemas acuáticos;
- d) El agua y el desarrollo urbano sostenible;
- e) El agua para la producción sostenible de alimentos y el desarrollo rural sostenibles;
- f) Repercusiones del cambio climático en los recursos hídricos, y el Capítulo 17 de la Agenda 21 que se ocupa de la gestión de las zonas costeras.

Al abordar la problemática del desarrollo desde una perspectiva de derechos humanos el énfasis del análisis se enfoca en **el ejercicio** de esos derechos, superando la orientación de ver a sus titulares como receptores pasivos de programas de asistencia. El enfoque basado en los derechos humanos procura colocar al individuo como centro del proceso de desarrollo.

Un enfoque basado en los derechos también se cimienta en el principio de igualdad y libertad entre hombres y mujeres y contra toda práctica de discriminación. Este enfoque está estrechamente vinculado a la cuestión de la accesibilidad a los servicios y beneficios que acompañan el ejercicio de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en algunas regulaciones el derecho al agua se vincula con la capacidad de pago, o la titularidad de un fundo, o una concesión. Este aspecto es esencial y requiere una estrategia puntual para asegurar la prestación de servicios y al menos el suministro mínimo de acuerdo con la OMS para la población pobre, aquellas personas que estructuralmente han padecido situaciones de vulnerabilidad económica entre otras. Otra característica del enfoque basado en derechos es la noción de la rendición de cuentas, lo que en la práctica requiere no sólo el desarrollo de leyes, políticas, instituciones, procedimientos y prácticas administrativas, así como los mecanismos de reparación en caso de omisiones o lesión, sino también titulares empoderados de sus derechos y comunidades organizadas para llevar a cabo el ejercicio de la auditoría ciudadana y la incidencia política; para que esto sea una realidad se requiere la traducción del derecho internacionalmente reconociendo al acceso al agua segura y al saneamiento en criterios definidos localmente para medir la mejora progresiva y el efectivo cumplimiento de sus contenidos.

Una vez realizado el análisis respecto a las poblaciones más vulnerables, la situación de las mujeres y las niñas, las poblaciones migrantes, los desplazados y las personas con capacidades especiales, que nos permita establecer las brechas entre la realidad y la teoría de los derechos humanos, se instauran los objetivos específicos para garantizar los derechos humanos de acceso al agua potable y al saneamiento. Una vez establecidos estos objetivos, se procede a planificar acciones remediales, a diseñar programas, metas y estrategias, a identificar y aplicar las herramientas más idóneas, a construir indicadores para el monitoreo y la evaluación del cumplimiento de los estándares de los derechos humanos que nos ocupan y a capacitar a las comunidades beneficiarias para que puedan dar seguimiento a los objetivos, identificar incumplimientos, barreras y accionar para su protección.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, las cuestiones de acceso al agua segura y al saneamiento no pueden ser examinadas en forma aislada. Algunas referencias a nivel internacional que nos brindan estándares para evaluar la efectiva realización de los derechos humanos las encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo adicional, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos

del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención No 161 de la OIT, así como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacional para fines distintos de la navegación.

Los sistemas jurídicos regulan la asignación el agua, los derechos de uso, los permisos de uso, reuso y vertimiento, la aplicación de cánones, la calidad requerida para los distintos usos y cómo actuar en situaciones de estrés hídrico y alta vulnerabilidad. Los sistemas legales son, por lo tanto, un medio para garantizar las necesidades humanas frente al recurso hídrico pero también las demandas de los ecosistemas, a través del caudal ecológico y la protección de humedales de importancia internacional, entre otras. También contienen regulaciones sobre la participación de los actores sociales y el grado de vinculación de las consultas.

De acuerdo con Cap-Net<sup>16</sup> (2006) la legislación sobre el agua debería al menos aclarar las cuestiones de derechos y responsabilidades tanto de los usuarios como de los proveedores de los servicios; aclarar los roles del Estado en relación con los grupos de interés; formalizar las transferencias de las asignaciones de uso de aguas; otorgar estatus legal a las instituciones de gobernabilidad y grupos de usuarios del agua; y asegurar un uso sustentable del recurso hídrico. Desde el punto de vista del cumplimiento de los derechos humanos, el Estado debe cumplir con tres condiciones:

Respetar

Que consiste en abstenerse de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho al agua y el saneamiento.

Proteger

Requiere que los Estados impidan a terceros interferir en modo alguno el disfrute del derecho al agua y el saneamiento.

Cumplir

Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización del derecho al agua y el saneamiento.

Estos cambios en el enfoque implican necesariamente arreglos institucionales para afrontar los desafíos de la GIRH. Un marco legal adecuado para la regulación del recurso hídrico que integre su abordaje considerando el ciclo hidrológico, el enfoque de cuenca, la GIRH, el enfoque de ecosistemas y el de derechos humanos, es esencial para avanzar en la gestión sostenible del agua. Estos enfoques no sólo obligan al Estado y sus instituciones sino además a todo tercero que participe en el proceso de gestión como los usuarios, concesionarios, órganos de control y reguladores tarifarios y ONG con trabajo en el sector hídrico y de derechos humanos, entre otros. Respecto al recurso hídrico, el Estado define y aplica políticas públicas, normas y regulaciones para que el servicio cumpla con estándares de calidad y establece objetivos económicos, sociales y ambientales, asociados al proceso de desarrollo. En esa medida, estas políticas deben considerar no sólo aspectos económicos y de distribución y acceso al agua, tarifas, cánones, permisos y concesiones, sino también la identificación y delimitación de fuentes y zonas de recarga, gestión y reducción de riesgo de las inundaciones y las sequías, situaciones de eventos extremos, conservación de humedales, prevención de la contaminación, y preparación de detallados planes de gestión por cuencas. Evidentemente el agua es un factor clave del desarrollo económico y social y también tiene una función básica en el mantenimiento de la integridad del medio ambiente natural.

Actualmente, los cambios demográficos y la incertidumbre sobre el clima, aumentan la presión sobre el recurso hídrico. El tradicional enfoque fragmentado en la gestión del agua ya no es viable por lo que un enfoque GIRH resulta fundamental. Todas las cuencas y los cursos de agua son diferentes, tienen una vocación específica y por lo tanto el proceso de planificación tiene que considerar todas estas características.

El punto de vista técnico, social, económico y ambiental, proporcionan la guía para una óptima planificación integrada de la gestión del recurso hídrico; los objetivos tienen que estar claramente establecidos para lograr mayor eficiencia, eficacia y equidad a través de los sistemas de suministro de agua, por ejemplo. La conexión entre las aguas superficiales y acuíferos también debe considerarse en el proceso de planificación.

16 Tutorial sobre los Principios Básicos de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos. Cap-Net, PNUD.

El enfoque de derechos humanos exige una comprensión holística del acceso al agua y el saneamiento y requiere una orientación explícita hacia los sectores más desfavorecidos y marginados haciendo hincapié en la participación, autonomía, responsabilidad y transparencia.

Los cambios institucionales también deben reflejar un enfoque participativo, de aplicación efectiva del derecho de información y consulta de conformidad con lo dispuesto por el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>17</sup> (1992) que establece la responsabilidad de incluir a la sociedad civil en el manejo de los asuntos ambientales como estrategia de gestión que asegura la gobernabilidad y la sostenibilidad de los recursos.

En el caso de América Latina y el Caribe, se ha adoptado una Hoja de Ruta del Proceso de Creación de un Instrumento sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río<sup>18</sup>, la cual incorpora como sub principios, entre otros, la transparencia, la igualdad, la inclusión y la prevención.

En síntesis, el abordaje de los derechos humanos en el contexto de la gestión del agua tiene sus propios principios y estándares que se incorporan como guías de los procesos de planificación de la GIRH; orientan sobre la construcción de indicadores para el seguimiento y la evaluación del cumplimiento de las metas insertas en el proceso de desarrollo sostenible, combatiendo la pobreza y las brechas en el desarrollo económico y garantizando el acceso de las poblaciones vulnerables y marginales a un recurso de calidad en cantidad y acceso adecuados e incorpora el principio de información contenido en la Declaración de Río, la Agenda 21 y todas las convenciones sobre Derechos Humanos adoptadas por la comunidad internacional que han sido incorporadas a los sistemas jurídicos nacionales a través de la jurisprudencia y la ratificación de tratados.

Los Estados deben ocuparse de proveer de servicios de agua y saneamiento, y en caso de ser necesario, de disponer medidas positivas y acciones afirmativas para las personas y los grupos vulnerables y marginados en procura de eliminar las disparidades y garantizar así que los servicios de acceso al agua y al saneamiento son asequibles para los pobres.

En el caso de Costa Rica, la jurisprudencia de la Sala Constitucional<sup>19</sup>:

*“...reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, tal y como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica...”*

Esta sentencia fue emitida en el 2003, y en ese momento había que derivar el derecho al agua potable de otros derechos reconocidos expresamente, pero a partir de la Resolución A/RES/64/292. 2010, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, citada previamente, que reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento, ya no es necesario seguir derivando ese derecho de los derechos a la salud, la alimentación o a la calidad de vida por ejemplo. Por el contrario, la declaración de las Naciones Unidas dispone literalmente: *“reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el **pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos**”*, como se observa, ahora el derecho humano al agua y al saneamiento se ve como una premisa para el ejercicio y disfrute de *otros* derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional colombiana<sup>20</sup> por su parte consideró que *“Es evidente que son numerosos los argumentos jurídicos que permitan considerar el derecho al agua potable como un derecho fundamental, muy particularmente y cuando a través de éste y su acceso efectivo con la prestación del servicio de acueducto se está dando alcance a uno de los fines esenciales del Estado como es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de las personas y porque con la garantía de este derecho se protegen otros derechos fundamentales tan trascendentales como la vida en condiciones dignas y la salud.”*

17 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro.

18 Versión complete visible en: [http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/1/48311/2012-854-Río+20\\_Hoja\\_de\\_ruta\\_pdf](http://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/1/48311/2012-854-Río+20_Hoja_de_ruta_pdf)

19 Voto No 4654-2003 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

20 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia No T-055/11

Otra resolución relevante en el contexto del presente ensayo, es la Sentencia Constitucional Colombiana No T-888 de 2008, también previa al a Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que sostuvo que *“el agua potable constituye un derecho fundamental que hace **parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas** cuando está destinada al consumo humano. En esa línea, entonces, la Corte ha dicho que el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados.”* La negrita no pertenece al original.

Perú ha tenido un desarrollo constitucional jurisprudencial similar al citado; en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, dictada en el Expediente No 6546-2006-PA/TC del 7 de noviembre de 2007, consideró que *“el agua es un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente<sup>21</sup>”*.

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte ha incorporado estas consideraciones en varios de sus fallos, entre ellos el más conocido es el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, en la resolución de fondo del 24 de agosto de 2010, párrafo 214 y el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006. párrafo168. En estas resoluciones no solo se aborda el tema del acceso sino también el de los estándares de calidad que hagan apta el agua para el uso personal.

Otra jurisprudencia relevante, sobre el reconocimiento del derecho humano al agua, es la del fallo dictado por la Corte de Córdoba, Argentina, en el Expediente. N° 500003/36, que hace evidente la incorporación de los tratados a las regulaciones nacionales como fuente de derechos: *“VIII) En relación a la contaminación de los pozos de agua de las viviendas, y la petición de un sistema de agua potable a raíz de tal consecuencia, los accionantes han acreditado a través de los análisis químicos de las muestras de aguas acompañados a la causa la contaminación de los pozos por nitratos y coliformes fecales así como la excesiva dureza del agua, que la hacen inapta para el consumo humano (cfr. fs. 3/6). Ante ello corresponde afirmar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (del 10 de diciembre de 1948), que goza de jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en su artículo 25 consagra el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure salud y bienestar, lo que se reitera más detalladamente en los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (incorporado también por nuestra Constitución), reconociendo éste último el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo recordarse que los Estados partes se han obligado “hasta un máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado.”*



Como hemos podido exponer hasta aquí, el tema de acceso al agua segura y en cantidades adecuadas para suplir las necesidades básicas del ser humano, no es un elemento que corresponda única y exclusivamente a los Gobiernos y en su seno a los técnicos, sino que muy por el contrario, es un aspecto básico del ejercicio de los derechos fundamentales de toda persona, con independencia de su condición migratoria, de su origen, sexo, nacionalidad, edad, o cualquier otra restricción convencional o jurídica. El derecho al agua potable y al saneamiento han sido reconocidos como derechos humanos fundamentales por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a pesar de estar frente a una verdad de perogrullo, para dirigir los esfuerzos de la comunidad internacional hacia su reconocimiento efectivo y que los avances en dicho cumplimiento puedan ser revisados periódicamente entre pares y se cuente con el apoyo técnico y financiero de la comunidad internacional. En este contexto, la mejor y más efectiva ruta para dar cumplimiento a estos derechos es a través de la gestión integrada del recurso hídrico, la GIRH.

21

Citado por Elizabeth Salmón, en el artículo “El Derecho Humano al Agua y los Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 16, julio 2012, ISSN 1698-7950

## 1.3 Protección del agua y minería: desafíos para el derecho ambiental en la región andina

Carlos Lozano Acosta



Cuencas, daño ambiental, minería, conflictos de competencia, agua

*En varios países andinos, entre ellos Colombia, se está incrementando el desarrollo de proyectos mineros con impactos serios sobre las fuentes de agua, tanto superficiales como subterráneas. Estas naciones cuentan con una tradición constitucional fuerte de protección del ambiente y distintos niveles de incorporación del derecho ambiental internacional al sistema jurídico doméstico. Así, las reglas ambientales más estrictas están asociadas a la protección del agua como base fundamental para evitar violaciones de los derechos a un ambiente sano y a la salud.*

*No obstante, en varios países andinos existe una tensión jurídica significativa entre la legislación ambiental de aguas y el derecho minero. Esa tensión parece resolverse a favor de un debilitamiento del derecho ambiental y a un incremento del perfil de la normatividad minera, que en algunas legislaciones ha sido elevada a la categoría de interés público, lo que significa que prevalece sobre otras normas y derechos. En la resolución de esta tensión, las cláusulas constitucionales y el derecho ambiental internacional relevante han sido ignorados.*

*Esta tensión debería ser solucionada por medio de la aplicación coherente del derecho ambiental internacional relevante y de las cláusulas constitucionales sobre el ambiente, muy vigorosas en varios países de la región. Para ello propongo desarrollar reglas, que explicaré en el artículo, para resolver aspectos como los conflictos de competencia entre autoridades ambientales y mineras, así como nacionales y locales; las cuestiones sobre derechos adquiridos en propiedad y explotación de recursos; las disposiciones prevalentes en casos de traslape entre proyectos mineros y áreas protegidas; los enfoques normativos de protección de cuencas; los dispositivos jurídicos de gestión de fuentes subterráneas de agua y la apreciación legal de su conectividad con fuentes superficiales; la valoración jurídica de los impactos acumulativos sobre los recursos hídricos; las reglas de prueba de los daños sobre las fuentes de agua y la interacción con normas sobre biodiversidad y residuos peligrosos.*

### INTRODUCCIÓN

El presente artículo se propone revisar las tensiones entre la normatividad ambiental relevante para la protección de aguas y aquella propia de la minería en tres países de la región andina: Colombia, Ecuador y Bolivia. Asimismo, intenta explorar elementos que den salidas a esas tensiones. La selección de estos estudios de caso constituye un muestreo de conveniencia que, sin embargo, corresponde a tres de los cuatro miembros actuales de la Comunidad Andina de Naciones.

En un primer momento, se analizan los marcos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia, en lo que tiene que ver con protección ambiental y minería. Posteriormente, el artículo pasa revista al detalle de la legislación y la reglamentación, así como a la manera en que se relacionan estos dos componentes de los sistemas jurídicos de los países en mención, con el propósito de evidenciar los dilemas que enfrentan los operadores a la hora de tomar decisiones en relación con fuentes de agua dulce potencialmente afectadas por actividades mineras. Finalmente, se discuten algunos enfoques que pueden ser útiles para superar en forma razonable esas tensiones, incluso desde instituciones jurídicas que han sido utilizadas en algunos de estos países.



## 1. La Constitución ecológica: el caso colombiano

La carta política de Colombia ha sido descrita como una “constitución ecológica”<sup>22</sup>. El Estado tiene la obligación de proteger las “riquezas naturales de la nación” y la propiedad, aunque es un derecho también tiene una función social y como consecuencia de ello también una función ecológica<sup>23</sup>. Los deberes del Estado en este campo han sido desarrollados por el precedente:

“La protección del ambiente sano y de los recursos naturales es un deber del Estado y de los particulares (C.P. arts. 8, 58 y 95). En virtud de expreso mandato constitucional (C.P. arts. 49, 79, 80 y 334) y de compromisos internacionales contraídos por Colombia (Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 14), al Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que ninguna ley, por importante que parezca, puede desconocer”<sup>24</sup>.

Las funciones de protección ambiental deben ser cumplidas, de manera concurrente, por las autoridades del nivel nacional y local<sup>25</sup>.

El derecho a un ambiente sano está garantizado por la constitución y por los jueces que la interpretan. Ha sido desarrollado en la jurisprudencia como “un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana”<sup>26</sup>. Aunque se trata de un derecho colectivo, puede tener conexidad con derechos fundamentales y en ese supuesto, puede ser protegido por medio de la acción de tutela, institución equivalente al amparo en otras jurisdicciones<sup>27</sup>.

El deber del Estado frente a los ecosistemas se desdobra en varios aspectos. Tiene el deber de proteger “la diversidad e integridad del ambiente” y conservar las áreas de especial importancia ecológica. Asimismo, debe planificar el uso de los recursos naturales, con el fin de garantizar su desarrollo sostenible, así como su restauración y conservación<sup>28</sup>. También interviene la explotación de los recursos naturales y el uso del suelo<sup>29</sup>. Debe controlar la degradación ambiental y cooperar con otros países para la protección del ambiente. Por último, la libertad económica puede ser limitada por razones ambientales<sup>30</sup> y la explotación de recursos naturales da lugar a regalías a favor del Estado<sup>31</sup>.

Las cláusulas ambientales de la constitución colombiana son base suficiente para la protección de fuentes de agua dulce, en particular, las que se refieren a la conservación de áreas de especial importancia. En conjunto, habilitan tanto la adopción de medidas por parte del Estado como la protección de estos sistemas frente a terceros.

## 2. La constitución ecuatoriana: soberanía energética y derechos de la naturaleza

En la constitución ecuatoriana, las reglas de protección ambiental son avanzadas y las alusiones a la naturaleza se encuentran desde el preámbulo. El desarrollo sustentable y la protección del patrimonio natural es un deber primordial del Estado. Esta carta instituye el derecho al agua y considera el recurso como “de uso público, inalienable inembargable y esencial para la vida”<sup>32</sup> y la población tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, “que garantice la sostenibilidad y el buen vivir”<sup>33</sup>. Si bien atribuye importancia al uso de los recursos, dice que la soberanía energética no puede afectar el derecho al agua y considera la conservación de los ecosistemas y de la biodiversidad<sup>34</sup> como de “interés público”<sup>35</sup>.

22 Corte Constitucional de Colombia, C-283 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio, (2014).

23 República de Colombia, Constitución Política, Art. 58, (1991).

24 Corte Constitucional de Colombia, C- 328 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, (1995).

25 Corte Constitucional de Colombia, C-598 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, (2010).

26 Corte Constitucional de Colombia, SU-442 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, (1997).

27 Ibid.

28 República de Colombia, Constitución Política, Art. 79, (1991).

29 Art. 334.

30 Art. 233.

31 Art. 360.

32 Constitución del Ecuador, Art. 12, (2008).

33 Art. 14.

34 Art. 400.

35 Ibid.

Los recursos naturales son considerados inalienables, imprescriptibles e inembargables, en particular, los minerales y los hidrocarburos<sup>36</sup>. Pero, por otro lado, la conservación del suelo “en especial su capa fértil” es una prioridad nacional, conforme a la constitución. Por consiguiente, su uso debe ser sostenible y cuenta con protección frente a la contaminación, la desertificación y la erosión, pues existe un mandato de conservación de las cuencas hidrográficas, los recursos hídricos y el caudal ecológico.

Toda actividad que afecte la calidad y cantidad de agua debe ser regulada<sup>37</sup> y las autoridades del agua, que tienen funciones propias, deben cooperar con las ambientales. La sostenibilidad de los ecosistemas y el consumo humano son prioridad para el uso del agua. El acaparamiento y la privatización del agua se encuentran prohibidos<sup>38</sup>.

El Estado debe adoptar acciones “oportunas” para evitar impactos ambientales negativos, bien sea que haya o no certeza del daño<sup>39</sup>. La protección de ciertos ecosistemas como páramos, humedales, bosques secos y de niebla y manglares tiene rango constitucional<sup>40</sup>, las funciones ecológicas de las áreas protegidas deben mantenerse y la gestión del patrimonio natural debe sujetarse a “los principios y garantías consagrados en la constitución”<sup>41</sup>.

En la constitución ecuatoriana, ciertos sujetos cuentan con especial protección frente al ambiente. Las comunidades indígenas tienen derecho a la consulta previa, libre e informada sobre la explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios. La Constitución tutela la habilidad de los ecosistemas para regenerarse y los derechos de las futuras generaciones<sup>42</sup>. La responsabilidad por daño ambiental en Ecuador es objetiva y comporta no solo la restauración ambiental sino también la indemnización a los afectados y las acciones legales por daño ambiental no prescriben<sup>43</sup>. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo en esta materia, “sin perjuicio de su interés directo” para demandar la protección del ambiente<sup>44</sup>.

Uno de los aspectos más innovadores de Ecuador es que la naturaleza es considerada sujeto de derechos<sup>45</sup>. Esto incluye el respeto por sus ciclos vitales y procesos y la restauración de los ecosistemas. Las personas individuales o colectivas están habilitadas por la constitución para exigir garantía de estos derechos<sup>46</sup>. Los ciudadanos, a su vez, tienen el deber de preservar el ambiente sano, respetar los derechos mención y usar racionalmente los recursos naturales<sup>47</sup>. La política ambiental tiene un carácter transversal y debe ser acatada por todas las autoridades del Estado, en todos los niveles. Los operadores jurídicos deben aplicar la interpretación más favorable a la protección de la naturaleza en casos de duda, cuando se trata de normas de derecho ambiental<sup>48</sup>.

Finalmente, la actividad extractiva está prohibida en áreas protegidas. Sin embargo, la constitución consagra una excepción, a iniciativa del presente de la república y “previa declaratoria de interés nacional” por parte de la Asamblea Legislativa. Esta última institución puede convocar a una consulta popular sobre el tema, pero es discrecional<sup>49</sup>. Esta disposición abre la puerta a la minería en áreas protegidas casi en cualquier caso en el que hay concurso de voluntades entre el gobierno nacional y el parlamento.

### 3. Bolivia: constitución, derechos de la naturaleza, hidrocarburos y minerales

La constitución boliviana tiene un fuerte énfasis tanto en los recursos del subsuelo como en la protección ambiental. Según esta carta, entre los fines del Estado se encuentran la promoción del aprovechamiento respon-

36	Art. 408.
37	Art. 411.
38	Art. 282.
39	Art. 396.
40	Art. 406.
41	Art. 404.
42	Art. 395.
43	Art. 396.
44	Art. 397.1.
45	Art. 10.
46	Art. 71.
47	Art. 83.6
48	Art. 395.
49	Art. 407.



sable y planificado de los recursos naturales, así como la conservación del medio ambiente<sup>50</sup>. Los derechos a la alimentación y al agua se encuentran reconocidos, incluyendo los servicios de acueducto y alcantarillado<sup>51</sup>.

En el estatuto superior de Bolivia toda persona tiene derecho a “un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado”<sup>52</sup>. Esta prerrogativa se extiende a sujetos colectivos, futuras generaciones y a otros seres vivos. Los indígenas tienen derecho al territorio, a vivir en un ambiente sano “con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas” y a gestionar sus recursos naturales<sup>53</sup>. Cualquier persona se encuentra facultada para usar mecanismos jurídicos para defender el ambiente, en adición a las obligaciones legales que en ese sentido tienen las autoridades<sup>54</sup>. Los delitos ambientales se declaran imprescriptibles y la mitigación de efectos y la gestión de pasivos ambientales deben ser promovidas por el Estado y la sociedad<sup>55</sup>.

El patrimonio natural, incluyendo los recursos naturales “es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país”<sup>56</sup>. Estos son propiedad pública, en forma indivisible e imprescriptible. Su exploración y explotación es dirigida por el Estado, directamente o por medio de otras personas. Las regalías son una compensación por su explotación, en la que “precautelaré el interés colectivo”<sup>57</sup>.

El agua es un derecho fundamental, un componente esencial de los ecosistemas y su uso y acceso se basa en los principios de complementariedad, solidaridad, reciprocidad, equidad, sustentabilidad y diversidad<sup>58</sup>. También es considerado un recurso estratégico, con funciones sociales, culturales y ambientales. Su privatización y concesión está prohibida.

La constitución boliviana reconoce la finitud de los recursos hídricos en todas sus formas, superficiales y subterráneas, garantiza “el uso prioritario del agua para la vida”<sup>59</sup> y obliga a su utilización sustentable. El enfoque de cuencas está presente. Ríos, lagos, lagunas, glaciares y aguas subterráneas y transfronterizas son objeto de protección constitucional. Asimismo, el uso de los suelos deberá realizarse conforme a “al equilibrio ecológico”<sup>60</sup>.

El Estado es responsable de la gestión de los minerales y debe ejercer fiscalización en toda la cadena productiva minera. Los derechos de los particulares sobre los minerales, bajo autorización del Estado, están amparados por la constitución. Con todo, las zonas de concesión minera no son transferibles entre particulares.

El Estado y los ciudadanos tienen la obligación de proteger, conservar y usar en forma sostenible los recursos naturales. La ciudadanía tiene derecho a ser consultada en forma previa sobre decisiones que puedan impactar el ambiente<sup>61</sup>. La producción y el empleo de técnicas que afecten el ambiente están regulados<sup>62</sup>. Al mismo tiempo, la evaluación de impacto ambiental debe ser transversal a toda la actividad productiva. Las personas que realicen actividades con impacto ambiental deben reparar, minimizar, remediar, resarcir y mitigar los daños. La explotación de los recursos naturales debe estar orientada por la participación ciudadana y la conservación de los ecosistemas<sup>63</sup> y debe cumplir con la regulación ambiental. Del mismo modo, la industrialización en el uso de los recursos naturales es una prioridad para el Estado.

La constitución boliviana reconoce una jurisdicción agroambiental, que se ocupa de asuntos agrarios, forestales, de aguas, ambientales, aprovechamiento de recursos naturales y de la biodiversidad, la conservación de especies y en general, asuntos que tengan que ver con el ambiente<sup>64</sup>. También conoce de disputas contractuales que tengan que ver con el aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Esta jurisdicción tiene la vocación de convertirse en una herramienta importante para el desarrollo del derecho ambiental doméstico.

50 Estado Plurinacional de Bolivia, Constitución Política, Art. 9.6 (2009)

51 Art. 16 y 20.

52 Art. 33.

53 Art. 30.

54 Art. 34.

55 Art. 347.

56 Art. 345.

57 Art. 351.

58 Art. 373.

59 Art. 374.

60 Art. 380.

61 Art. 343.

62 Ibid.

63 Art. 352.

64 Art. 189.

Finalmente, las áreas protegidas son reconocidas, pero la constitución no dice nada sobre su superposición con operaciones mineras. Sin embargo, en cuanto a su traslape con territorios colectivos, que puede ser analógica, menciona que la gestión se realizará en forma compartida<sup>65</sup>. Los recursos forestales también son protegidos constitucionalmente y la cuenca amazónica es considerada estratégica y por tanto de especial protección, entre otras razones, por sus recursos hídricos<sup>66</sup>.

#### 4. Legislación y reglamentos en Colombia: constitución ecológica y minería de interés público

La relación entre derecho ambiental y minero en Colombia es sumamente compleja. El país cuenta con un Sistema Nacional Ambiental (SINA) creado en 1993 y que ha sido seguido con interés como un estudio de caso en Latinoamérica. Este sistema, posterior a la Constitución de 1991, está antecedido por una norma que sigue vigente, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables<sup>67</sup>, que trata en forma comprehensiva cuestiones de política ambiental, residuos peligrosos, propiedad y uso de recursos, permisos y concesiones, atmósfera, aguas, flora y fauna, entre otros. Esta norma introdujo reformas significativas al Código Civil Colombiano con perspectiva ambiental, en particular, en lo que tiene que ver con el agua. También, desarrolló jurídicamente y en forma innovadora para la época instituciones como el estudio de impacto ambiental, los vertimientos y la gestión del daño a ecosistemas.

La política ambiental colombiana se rige por los principios de desarrollo sostenible, en los términos de la Declaración de Río<sup>68</sup>. La biodiversidad tiene protección prioritaria<sup>69</sup>, lo que significaría que el agua también, dado el rol de esta última en la supervivencia de la primera. Aunque se deben tener en cuenta los datos científicos, la legislación colombiana consagra el principio de precaución<sup>70</sup>, los costos ambientales deben ser internalizados y los instrumentos económicos deben ser utilizados para evitar la degradación ambiental<sup>71</sup>. Los estudios de impacto ambiental son la herramienta básica para la toma de decisiones en este campo y la política debe ser participativa y descentralizada<sup>72</sup>.

La gestión del ambiente recae en el Sistema Nacional Ambiental (SINA) dirigido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Esta disposición legal es importante, porque significa que, por regla general, esa función recae en esa institución y no puede ser transferida a otras entidades del Estado, a menos que la ley o la constitución lo permitan.

Las personas que usen elementos que puedan contaminar, tienen la obligación de informar al gobierno nacional y a los consumidores sobre los riesgos para el ambiente y para la salud de las personas<sup>73</sup>.

Las aguas son consideradas bienes del Estado<sup>74</sup>, “de dominio público, inalienables e imprescriptibles”<sup>75</sup> salvo que nazcan y mueran en una misma propiedad, en cuyo caso serán privadas, por excepción<sup>76</sup>. También son bienes del Estado los nevados y glaciares y las aguas subterráneas<sup>77</sup>. Los cauces y la calidad del agua no se pueden modificar sin permiso, que se puede negar cuando las obras sean riesgosas<sup>78</sup>. Los ciudadanos deben usar el recurso eficientemente y permitir la supervisión oficial, así como el acceso a los datos sobre su uso<sup>79</sup>. Las aguas destinadas al consumo humano y a la producción de alimentos serán objeto de protección especial, así como “*las fuentes que se encuentren en zonas declaradas dignas de protección*”<sup>80</sup>. De esta manera, el uso de agua para consumo humano tiene prioridad sobre cualquier otra destinación<sup>81</sup>. En estos casos, la descarga de contaminantes y sustancias tóxicas de fuentes industriales estará “prohibida o condicionada”.

65 Art. 385.

66 Art. 390.

67 República de Colombia, Decreto 2811 de 1974, “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, (1974).

68 República de Colombia, Ley 99 de 1993. Art. 1.1, (1993).

69 Art. 1.2.

70 Art. 1.6.

71 Art. 1.9.

72 Ibid.

73 República de Colombia, Ley 23 de 1973, Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones, Art. 15, (1973)

74 República de Colombia, Decreto 2811 de 1974, “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, (1974).

75 Art. 80.

76 República de Colombia, Código Civil Art. 677. (1887).

77 República de Colombia, Decreto 2811 de 1974, Art. 83, (1974).

78 Art. 132.

79 Art. 133.

80 Art. 137.

81 República de Colombia, Ley 99 de 1993, Art. 1.5, (1993).

En el Sistema de Parques Nacionales no se pueden verter, usar ni abandonar sustancias tóxicas que puedan dañar los ecosistemas, tal como ocurre en los proyectos mineros. Las “zonas de páramos, subpáramos, nacimientos de agua y zonas de recarga de acuíferos” son objeto de especial protección, según la ley<sup>82</sup>. En todo caso, las actividades mineras y petroleras, así como el vertimiento de sustancias tóxicas, están prohibidas en los parques nacionales naturales<sup>83</sup>. A pesar de ello, el Ministerio de Minas de Colombia ha expedido títulos mineros dentro de dichas áreas.

Las concesiones de agua se rigen por los principios de utilidad pública e interés social<sup>84</sup>. Sus condiciones se pueden modificar dependiendo del estado de los recursos hídricos y es un derecho transferible, previa autorización. Las concesiones de agua para usos mineros no deben dañar los recursos hidrobiológicos<sup>85</sup>. Del mismo modo, la actividad minera debe evitar la contaminación de las aguas que son necesarias para una población o para el uso de empresas agrícolas e industriales<sup>86</sup>. Además, el Ministerio de Salud está facultado para determinar las condiciones de calidad del agua para el consumo humano<sup>87</sup>.

El titular de derechos sobre el suelo tendrá a su vez derecho preferente en el aprovechamiento de aguas subterráneas<sup>88</sup>. Esta regla es significativa desde el punto de vista de la protección de los acuíferos, porque la garantía preferente no solo implica el acceso prevalente al recurso, sino además protegerlo frente a actividades de terceros que los puedan deteriorar y por tanto, vulnerar el derecho preferente en mención. En particular, en aquellos casos en los que los acuíferos no son renovables, por el hecho de no estar conectados con otros cuerpos que permitan su recarga.

Las aguas subterráneas pueden ser objeto de concesiones, pero tienen protección frente a la merma progresiva, la contaminación, el deterioro en su calidad, por medio de limitaciones o incluso revocatoria de las concesiones<sup>89</sup>. De hecho, el cambio en las circunstancias hidrogeológicas es posible causal de modificación de los permisos<sup>90</sup>.

Finalmente, la legislación ambiental exige que en la minería a cielo abierto se deba realizar la restauración ambiental de todo el suelo intervenido con la explotación<sup>91</sup>.

Como se puede ver, la legislación ambiental en Colombia ha sido particularmente vigorosa. A partir de la década de los noventa, el sistema legal se volvió más “verde”. Esto puede obedecer a tres factores, relacionados entre sí. El primero de ellos es la nueva constitución de 1.991, que incorporó la perspectiva de la “constitución ecológica” y sus cláusulas asociadas. En segundo término, el efecto que tuvo la Cumbre de la Tierra sobre las legislaciones domésticas. Por último, la ola de creación de Ministerios de Ambiente, que en Colombia tuvo rango legal con la Ley 99 de 1.993. Es una legislación relativamente detallada y comprehensiva, que constituye un marco de referencia para las actividades económicas que pueden afectar las fuentes de agua, incluyendo la minería.

Sin embargo, el sistema legal colombiano asiste a un escenario de colisiones entre el derecho ambiental y el minero, que se intensificó con el código de minas expedido en el año 2001. Esta norma incluye una serie de disposiciones que se encuentran en tensión con la protección del agua.

En primer lugar, las operaciones mineras, en todas sus etapas, son de interés social y utilidad pública. En principio, esta sería una definición provechosa. En efecto, se encuentra en armonía con la propiedad estatal de recursos que, sin duda, son estratégicos para cualquier nación. Además, debería ser un argumento a favor de una regulación fuerte y de más y mejores regímenes de responsabilidad. Además, a los contratos de concesión solo se les pueden aplicar las normas vigentes al momento de su perfeccionamiento, a menos que las nuevas reglas sean más favorables para el titular<sup>92</sup>.

Sin embargo, la idea de utilidad pública, que es positiva, se ha traducido principalmente en la potestad de los titulares de los títulos mineros de reclamar prevalencia de sus derechos sobre prácticamente

82

Art. 1.

83

República de Colombia, Decreto 622 de 1977, Por el cual se reglamentan parcialmente el capítulo V, título II, parte XIII, libro II del Decreto- Ley número 2811 de 1974 sobre el sistema de parques nacionales, Art. 30, (1977).

84

CRN Art. 92.

85

República de Colombia, Decreto 2811 de 1974, Art. 146 (1974).

86

Ibid.

87

República de Colombia. Ley 9 de 1979, Código Sanitario, (1979).

88

República de Colombia, Decreto 2811 de 1974, Art. 151, (1974).

89

Art. 152.

90

Art. 153.

91

República de Colombia, Ley 99 de 1993, Art. 60, (1993).

92

República de Colombia, Código de Minas, Art. 46, (2001).

cualquier otro. En primer término, las expropiaciones a su favor de la propiedad de otras personas son prácticamente automáticas, sin mencionar las servidumbres de distinto tipo<sup>93</sup>. De esta manera, múltiples formas de derechos reales, entre ellos la posesión, la tenencia y la misma propiedad están en la práctica subordinados a los derechos de explotación minera. En otras palabras, la exploración y explotación minera tienen un estatus prevalente en el ordenamiento jurídico. El único límite conforme a la ley es la prohibición de expropiar otros proyectos extractivos. Además, en algunos casos los derechos reales pueden estar asociados a derechos fundamentales, como la consulta previa, la reparación o la identidad cultural<sup>94</sup>. Por consiguiente, las expropiaciones por proyectos mineros pueden afectarlos.

Las autoridades locales tienen prohibido excluir zonas del territorio bajo su jurisdicción de actividades mineras<sup>95</sup>. Esta posibilidad, conforme al código de minas, es competencia exclusiva del gobierno nacional. Esta disposición entra en tensión con las competencias que tienen las autoridades locales para regular los usos del suelo, pues como es obvio, no hay manera de efectuar dicha regulación sin tomar en cuenta los efectos que la minería tiene sobre el subsuelo. Dichas competencias de los gobiernos locales sobre el suelo están asociadas a su vez con la protección del ambiente, incluyendo cuencas hidrográficas<sup>96</sup>. De esta manera, la exclusión de los gobiernos locales frente al ordenamiento minero termina afectando su capacidad, que a su vez comporta deberes legales de uso adecuado de los recursos naturales; protección de reservas forestales y parques naturales regionales y en general, conservación de áreas de relevancia ecológica<sup>97</sup>.

Además de lo anterior, el licenciamiento ambiental en Colombia experimenta un proceso de flexibilización que ha tenido lugar por medio de los decretos 1728 de 2002, 1180 de 2003, 1220 de 2005, 2820 de 2010 y 2041 de 2014.

En primer término, una serie de actividades vienen siendo sustraídas del proceso de licenciamiento, por medio de reformas con rango reglamentario que modifican disposiciones de tipo legal. Operaciones que deberían requerir este permiso han venido, ya no precisan de ella. La más notable de ellas es la exploración minera, que en este momento no requiere licencia, luego de la reforma introducida por el decreto 1728 de 2002. Los impactos de esta actividad pueden ser notables, pero a pesar de ello, el Estado colombiano no ha introducido de nuevo ese permiso en la legislación.

Por otro lado, los términos de decisión vienen siendo abreviados. En principio, es ventajoso que el procedimiento esté dotado de tanta celeridad como sea posible. Sin embargo, la capacidad de la agencia de licencias no ha sido incrementada en forma equivalente, lo que suscita preguntas sobre la manera como esa autoridad va a resolver más rápido teniendo los mismos recursos, que de por sí son escasos. En general, los funcionarios, cuya contratación es precaria, tienen sobrecarga laboral; las escalas de evaluación no son apropiadas en términos de impactos acumulativos, y los muestreos de análisis no son representativos. Asimismo, los análisis científico y jurídico carecen de una relación coherente.

Las reformas reglamentarias tienden a permitir operaciones mineras en ecosistemas estratégicos para la provisión de agua para el consumo humano, a pesar de que ello contradice disposiciones legales que por tanto tienen mayor rango normativo. Así, el artículo 10 del decreto 2041 de 2014 dice que los proyectos objeto de licenciamiento, entre ellos los mineros, deben contar con concepto previo del Ministerio de Ambiente cuando pretender intervenir humedales Ramsar, páramos o manglares. Las reservas forestales, por su parte, pueden ser sustraídas con el fin de desarrollar proyectos de utilidad pública e interés social<sup>98</sup>.

Asimismo, las reformas reglamentarias tienden a debilitar los derechos a participar en el ordenamiento minero tanto de los gobiernos locales como de las comunidades afectadas por los proyectos. Si bien existe un debate jurídico en Colombia sobre la competencia para ordenar la minería en Colombia, la Corte Constitucional lo zanjó por medio de la sentencia C-123 de 2014. En ella, sostuvo que los principios constitucionales de autonomía territorial y Estado unitario deben ser interpretados de forma armónica. Por consiguiente, ordenó al gobierno nacional acordar con las autoridades locales medidas de protección ambiental al autorizar exploración y explotación minera, de manera que exista una participación activa y eficaz.

Como reacción a esa sentencia, el gobierno colombiano expidió el decreto 2691 de 2014, que crea un mecanismo por medio del cual los gobiernos locales pueden pedir medidas de protección al Ministerio de Minas. Este decide, en últimas y de manera discrecional, previa presentación de estudios técnicos, si adopta las me-

93 República de Colombia, Código de Minas, Art. 13, (2001).

94 República de Colombia, Corte Constitucional, T-235 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas, (2011).

95 República de Colombia, Código de Minas, Art. 37, (2001).

96 República de Colombia, Ley 388 de 1997, Art. 10, (1997).

97 República de Colombia, Ley 388 de 1997 Art. 10.1.B, (1997).

98 República de Colombia, Decreto 2041 de 2014, Art. 11.

didadas o no. Por otro lado, debe consultar a las empresas mineras. Las posibles medidas de protección en todo caso están sujetas a la evaluación de su impacto económico.

Los problemas de este decreto se resumen en que no permite acordar medidas, sino solicitarlas a una de las partes que debería participar del acuerdo; le otorga un estatus consultivo a las empresas mineras que se puede convertir en un veto y relega a las autoridades locales en el ordenamiento minero, de manera que le quita poder a los gobiernos regionales y de alguna manera se lo atribuye al sector minero, en contravía de la constitución. Y además, lo hace por vía de decreto. Por otro lado, de alguna manera desplaza a las entidades del SINA en funciones que son típicamente de gestión ambiental y respecto de las cuales tienen funciones claras en la ley. De nuevo, este tipo de modificaciones no se pueden realizar por medio de reglamentos.

## 5. Desarrollo legal y reglamentario en Ecuador

La legislación ambiental de Ecuador considera el agua “parte del patrimonio natural del Estado”<sup>99</sup> También se le reconoce como “patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, elemento vital para la naturaleza y fundamental para la soberanía alimentaria”<sup>100</sup>.

Como es tendencia en la región, Ecuador considera la minería un sector estratégico. Este estatus otorga un papel importante al Estado tanto en la regulación como la explotación, pero al mismo tiempo permite, en forma excepcional, efectuar concesiones al sector privado y confiere ciertas competencias a los gobiernos municipales<sup>101</sup>. Así, el gobierno administra, controla, regula y gestiona la política minera, con fundamento en los principios de eficiencia, precaución, prevención y sostenibilidad<sup>102</sup>.

La minería, al igual que en otros países andinos, es considerada de utilidad pública “en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras”. Los yacimientos y los minerales que contienen “y en general los productos del subsuelo” son propiedad inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable del Estado<sup>103</sup>.

Por consiguiente, “proceden todas las servidumbres que fueren necesarias”<sup>104</sup>, de manera que, como acontece en Colombia y Bolivia, los derechos derivados de las concesiones mineras<sup>105</sup> priman sobre otras formas de derechos reales. A pesar de que la propiedad estatal de los minerales es independiente de la propiedad particular del suelo<sup>106</sup>, el estatus del derecho minero es prevalente.

Las Áreas Mineras Especiales permiten al gobierno la caracterización de zonas con potencial de exploración y restringe las concesiones durante su vigencia<sup>107</sup>. A diferencia de la legislación colombiana, la Ley minera de Ecuador no consagra reserva de la información sobre las investigaciones geológicas, aunque sí confiere derecho preferente de concesión a la empresa minera del Estado. Por el contrario, la información que los mineros entregan al Ministerio tiene carácter público<sup>108</sup>. La concesión minera confiere un título minero, que a su vez otorga un derecho personal y transferible en forma reglada, oponible a terceros con similares pretensiones. Permite “prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que pueden existir y obtenerse en el área de dicha concesión”<sup>109</sup>, previo trámite de la licencia ambiental y los permisos de agua.

La prospección minera en Ecuador es libre, excepto en áreas protegidas<sup>110</sup>. La licencia ambiental para minería no es global. De hecho, para desarrollar el proyecto es necesario contar con dos tipos de actos administrativos previos: la licencia ambiental propiamente dicha y el acto sobre afectación a cuerpos de agua expedido por la Autoridad Única del Agua<sup>111</sup>. El titular debe presentar en forma previa los estudios de impacto ambiental, que son aprobados por la autoridad competente por medio de la licencia, aunque para las actividades mineras previas a la autorización se pueden realizar siempre y cuando se ofrezcan garantías económicas<sup>112</sup>. En otras palabras, los estudios ambientales son el fundamento de decisión de la licencia ambiental.

99 República de Ecuador, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, (2014)

100 Art. 1.

101 República del Ecuador, Ley (45) de Minería, (2009).

102 Art. 1.

103 Art. 16.

104 Art. 15.

105 Art. 17. “Por derechos mineros se entienden aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización”.

106 Art. 16.

107 Art. 24.

108 Art. 73.

109 Art. 31.

110 Art. 28.

111 Art. 26.

112 Art. 78.

Posteriormente, se deben realizar auditorías de cumplimiento, para verificar el desempeño en los planes de manejo y de la normatividad ambiental. La mediana y la gran minería requieren la aprobación de fichas ambientales para el lapso de exploración inicial<sup>113</sup>. Luego de completados los requisitos, si la autoridad ambiental no responde en un término de seis meses se entenderá que la licencia fue concedida.

La concesión distingue entre las etapas de exploración y explotación. Incorpora una regla según la cual las operaciones de la industria minera deben respetar los límites biofísicos de la naturaleza<sup>114</sup> y establece el principio de remedio del daño. Ambas normas, al menos desde su diseño, tiene un enorme potencial en términos de poder de regulación. La caducidad no extingue la responsabilidad por daños ambientales<sup>115</sup> y a su vez, dichos daños pueden ser causal de caducidad<sup>116</sup>. Si se trata de daños contra cuerpos de agua, su valoración se hará a partir de un concepto de la Autoridad Única del Agua<sup>117</sup>. En cualquier caso, el daño ambiental genera responsabilidad objetiva.

La exploración, a su vez, se divide entre inicial y avanzada. La primera requiere la aprobación de fichas ambientales<sup>118</sup>, frente a las que también opera el silencio administrativo positivo, excepto cuando la falta de decisión de fondo obedezca al retraso del titular del derecho minero en el suministro de información<sup>119</sup>. Los requisitos para su aprobación son que la información sea veraz y que el plan de manejo sea consistente con el proyecto. En cuanto a la exploración avanzada, se requiere presentar declaratoria de impacto ambiental, cuyo fin es prever los efectos perjudiciales del proyecto<sup>120</sup>. Debe incluir el plan de manejo ambiental. Para que la exploración avanzada pueda proseguir, debe contar con pronunciamiento favorable de la autoridad a la declaratoria de impactos<sup>121</sup>. Para ello, la información también debe ser veraz y el plan de manejo “particular y acorde al proyecto”<sup>122</sup>.

La explotación y sus actividades asociadas requieren estudios de impacto ambiental, que deben realizarse bajo términos de referencia aprobados por la autoridad. Si el estudio de impacto ambiental obtiene pronunciamiento favorable, previo pago de una tasa prevista la licencia ambiental será emitida<sup>123</sup>. Con todo, los estudios ambientales pueden ser rechazados si la información no es verificable, si no se tuvieron en cuenta los términos de referencia o si hay cambios en el proyecto que así lo ameriten<sup>124</sup>. Los proyectos son respaldados por medio de garantías financieras y pólizas, que si son hechas efectivas, inhabilitan al que las pidió para solicitar otra licencia ambiental por el mismo proyecto. Se deben presentar informes ambientales periódicos. El incumplimiento de las obligaciones puede dar lugar a la revocatoria de la licencia<sup>125</sup>. De igual manera, la renuncia al derecho minero debe contar con concepto de la autoridad ambiental.

Para la renovación de concesiones el titular debe contar con informe favorable del Ministerio de Ambiente. Al igual que ocurre en Bolivia con la licencia ambiental, en Ecuador opera el silencio administrativo positivo en la renovación de títulos, en la ampliación del término de exploración y en la solicitud de suscripción del contrato de explotación minera<sup>126</sup>. En todo caso, el aprovechamiento de aguas debe contar con permiso de la Autoridad Única. Las aguas que se utilicen deben ser tratadas, sin contaminantes<sup>127</sup> “o cumpliendo los límites permisibles establecidos en la normatividad ambiental”<sup>128</sup>. El vertimiento de residuos mineros en los cuerpos de agua está prohibido y es causal de caducidad de la concesión<sup>129</sup>. A diferencia de Bolivia, dónde está a cargo el Ministerio de Minas, en Ecuador el Ministerio de Ambiente puede suspender la licencia como medida cautelar frente al riesgo de daños ambientales, con fundamento en el principio “precautelatorio”<sup>130</sup>.

El uso de mercurio está prohibido por la ley minera ecuatoriana. La inobservancia de esta prohibición es causal de revocatoria del derecho minero, además de las sanciones de derecho penal que puedan proceder<sup>131</sup>. Esta prohibición es muy significativa, dados los enormes problemas de degradación ambiental derivados del

---

113 Ibid.  
114 Art. 27.  
115 Art. 109.  
116 Art. 115.  
117 Ibid.  
118 República de Ecuador, Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, Ministerio de Ambiente, Art. 11, (2014).  
119 Ibid.  
120 Ibid.  
121 Art. 19.  
122 Ibid.  
123 Art. 26.  
124 Art. 30.  
125 Art. 54.  
126 República del Ecuador, Ley (45) de Minería, Art. 36, (2009).  
127 República del Ecuador, Reglamento General a la Ley de Minería, Art. 97H, (2009).  
128 Art. 79 y Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, Art. 99.  
129 República del Ecuador, Ley (45) de Minería, Art. 81, (2009).  
130 República del Ecuador, Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, Art 140, (2014).  
131 Art. 86.

uso de mercurio en minería aluvial, bien sea artesanal y de pequeña escala, o en algunos casos, ilegal y asociada a grupos criminales, como ocurre en Colombia<sup>132</sup>.

El principio de precaución ha sido incorporado en forma operativa a la reglamentación minera ecuatoriana, La contaminación de cuerpos hídricos por vía de residuos peligrosos, queda prohibida, pero la modificación de cursos de agua es posible, previo estudio ambiental<sup>133</sup>.

Terminada la exploración, se debe solicitar el contrato de concesión minera. Dichos contratos deben contener “las obligaciones del concesionario minero en materias de gestión ambiental”<sup>134</sup>. Esta es una diferencia sustancial, por ejemplo, con el sistema colombiano, donde las cuestiones ambientales están notablemente excluidas del contrato de concesión minera, sin perjuicio de las competencias derivadas de la licencia ambiental<sup>135</sup>.

Por último, la participación sobre proyectos mineros, como herramienta potencialmente útil para la protección de fuentes de agua, se encuentra incluida en el sistema jurídico ecuatoriano. Ahora bien, su alcance es restringido, porque la opinión de los consultados no es vinculante, y sólo obliga al Estado a resolver mediante acto administrativo motivado<sup>136</sup>. Los impactos deben ser informados oportunamente a las autoridades y estas a su vez deben dar acceso a la información a la ciudadanía<sup>137</sup>.

## 6. Bolivia: reglamento ambiental para autoridades mineras

La legislación ambiental boliviana es copiosa en reglas de protección del ambiente, que atribuyen obligaciones tanto a las autoridades como a los particulares<sup>138</sup>. Con todo, muchas de esas obligaciones tienen un carácter genérico y son desafiadas en otras disposiciones relacionadas con el sector extractivo y aún en la propia reglamentación. Desde la perspectiva procesal, la legitimación por activa para presentar acciones judiciales por eventos de degradación ambiental es exclusiva de las autoridades estatales y de las personas individuales o colectivas directamente afectadas<sup>139</sup>. Ahora bien, toda persona tiene el deber de denunciar ante las autoridades, pero esto no significa que cuente con legitimidad procesal en el sentido judicial de la expresión. Según algunos autores, estas disposiciones siguen ancladas en una perspectiva de derecho privado<sup>140</sup>.

El derecho de minas boliviano le da un lugar muy importante a los derechos pre constituidos o adquiridos, tanto de agentes privados como de cooperativas y empresas estatales<sup>141</sup>. En materia ambiental, los requisitos son flexibles y tienden a facilitar el desarrollo de los proyectos mineros por medio de derechos accesorios y permisos globales. La participación en los distintos trámites administrativos es prácticamente exclusiva de quienes tienen derechos mineros, sea el solicitante o un tercero que alegue contar con ellos y el Ministerio de Minas y Metalurgia tiene un poder desproporcionado sobre la verificación del cumplimiento de obligaciones ambientales<sup>142</sup>, que debería corresponder a la cartera de este ramo. No son visibles restricciones sustantivas a los efectos de la minería a gran escala, en particular sobre las fuentes de agua subterránea.

La legislación reconoce el carácter estratégico de los minerales y su explotación es considerada de interés público para el desarrollo del país<sup>143</sup>, por lo que corresponde al Estado gestionar, controlar y administrarlos, a nombre del interés colectivo. Como ocurre también en Colombia y Ecuador, esta disposición atribuye un estatus prevalente a los derechos mineros<sup>144</sup> sobre otros tipos de derechos e incluso juegan un papel importante cuando hay prerrogativas fundamentales en juego, como la consulta previa. Con todo, la Ley de Medio Ambiente dispone que la explotación de los recursos naturales debe hacerse de manera que no cause daños<sup>145</sup>.

132 Presidencia de la República de Colombia, “La minería criminal es un objetivo de alto valor, advirtió el Presidente Santos”, (2014).

133 República del Ecuador, Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, Art 74, (2014).

134 República del Ecuador, Ley (45) de Minería, Art. 41, (2009).

135 República de Colombia, Código de Minas, Art. 45, (2001).

136 República del Ecuador, Ley (45) de Minería, Art. 87, (2009).

137 Art. 88.

138 Entre otras, ver Estado Plurinacional de Bolivia, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien, (2012) y Ley de Derechos de la Madre Tierra (2010).

139 Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien, Art. 39, (2012)

140 Ariel Pérez, Derechos de la Madre Tierra: ¿Quién tiene capacidad para defenderlos?: Nueva Crónica, Plural, (s.f).

141 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, Art. 94, (2014).

142 “Control Ambiental. El Ministerio de Minería y Metalurgia, precautelará el cumplimiento de las normas ambientales, en el ámbito de su competencia”. Ley de Minería y Metalurgia, Artículo 222, (2014)

143 Ibid, Art. 208.

144 Entendidos como aquellos que “otorgan a los titulares, la potestad de prospectar, explorar, explotar, concentrar, fundir, refinar, industrializar y comercializar los recursos minerales, mediante actividades mineras propias y complementarias en toda o parte de la cadena productiva minera”. Ibid. Art. 92.

145 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Medio Ambiente, (1992).

Los titulares de derechos mineros cuentan también con derechos accesorios para aprovechar otros recursos dentro del área de su concesión, entre ellos, maderables<sup>146</sup>. También gozan de derechos prevalentes en el paso en áreas superficiales, oponibles a derechos de propiedad, posesión o tenencia en predios vecinos<sup>147</sup>. Igual ocurre con el derecho de superficie en la zona de concesión o en predios aledaños. Por su naturaleza, este derecho tiene la vocación de permitir no solo el goce de lo construido, sino también la propiedad superficiaria. Además, pueden ser considerados derechos adquiridos<sup>148</sup>. Los derechos de paso, aprovechamiento y superficie pueden ser ampliados “cuando cambia la necesidad o finalidad de su establecimiento”<sup>149</sup>.

Por otra parte, la oposición a licencias de prospección y exploración o contratos administrativos mineros solo puede darse por parte de quienes consideren que “sus derechos mineros resultan afectados total o parcialmente”<sup>150</sup>. Por el contrario, no es posible la oposición por razones de interés público, por afectación de otro tipo de derechos patrimoniales o por lesión de derechos fundamentales. Tampoco es admisible ejercer oposición por daños potenciales o probados al ambiente que contradigan las cláusulas de protección a las fuentes de agua. Esta disposición claramente otorga un estatus prevalente a los derechos mineros sobre prácticamente cualquier otro tipo de derecho, incluyendo los fundamentales, con excepción de otros derechos mineros que hayan sido constituidos primero en el tiempo.

El aprovechamiento de aguas también viene incorporado en los derechos mineros, aunque debe contar con autorización previa de la autoridad ambiental competente.

La licencia de prospección y exploración es otorgada por la Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera (AJAM) y puede incluir los resultados de la comercialización de esa actividad<sup>151</sup>. En esa etapa, las autoridades ambientales no se encuentran involucradas en el proceso de decisión de la autoridad minera, aunque el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras incluye una serie de reglas sobre cómo debe realizarse la exploración<sup>152</sup>. La licencia de exploración también se solicita ante la autoridad minera y a su vez requiere licencia ambiental<sup>153</sup>. Sin embargo, la licencia de operación permite tratar minerales adquiridos de terceros, para efectos de concentración, refinación o fundición<sup>154</sup>. Las operaciones de exploración no requieren consulta previa, no obstante sus posibles impactos ambientales y sociales<sup>155</sup>.

La licencia ambiental minera en Bolivia se encuentra regida por los principios de economía, silencio administrativo positivo y celeridad<sup>156</sup>. Según la ley, todas las actividades con potencial de generar impacto ambiental deben ser evaluadas por medio de la Declaratoria de Impacto Ambiental<sup>157</sup>.

En Bolivia, con anterioridad a la ley de minería vigente, fue expedido el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, según el cual las licencias ambientales pueden adoptar la forma de Certificados de Dispensación Categoría 3 o 4, Declaratoria de Impacto Ambiental (DIA) o Declaratoria de Adecuación Ambiental (DAA)<sup>158</sup> y tiene un carácter global, pues incluye todos los “requerimientos de protección ambiental” para las operaciones mineras. Su término es indefinido, a menos que se configuren causales de extinción y atribuye al titular la evaluación periódica de las medidas de mitigación y puede decidir, bajo ciertos supuestos, aunque informando a la autoridad ambiental, si requiere o no introducir correctivos para alcanzar las metas de prevención y control<sup>159</sup>. Conforme al reglamento en mención, la extinción de la licencia solo procede por nulidad, caducidad o reincidencia en la “comisión de infracciones administrativas”<sup>160</sup>.

El reglamento dispuso que todo operador minero tiene la obligación de realizar una auditoría ambiental de línea de base (ALBA), pero que aquel no era responsable del deterioro ambiental producto de las actividades mineras, siempre y cuando estas hubiesen acatado “los límites permisibles vigentes” previstos en la regulación ambiental<sup>161</sup>. Asimismo, preceptuó la admisibilidad del uso de mercurio, aunque estableció como requisito la recuperación final y tratamiento de ese elemento, con el propósito de evitar su liberación al

146 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, Art. 107, (2014).

147 Art. 108.

148 Art. 113.

149 Art. 110.

150 Art. 165.

151 Art. 154.

152 Estado Plurinacional de Bolivia, Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, Capítulo III, (1997).

153 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, Art. 171 y 172, (2014)

154 Numeral VI.

155 Art. 207.

156 Art. 112.

157 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Medio Ambiente, (1992).

158 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, (2014).

159 Art. 10.

160 Art. 13.

161 Art. 16.

ambiente. Igual acontece con la filtración de residuos de minería a las aguas, según los límites establecidos en el Reglamento de contaminación hídrica<sup>162</sup>.

Del mismo modo, admitió la inyección de aguas residuales en acuíferos<sup>163</sup>, no obstante la regulación sobre estas fuentes contenida en el Reglamento en Materia de Contaminación Hídrica<sup>164</sup>. La impermeabilización para evitar filtraciones en este tipo de reservorios no es requerida cuando estos no tengan uso actual o futuro como fuentes de agua, por varias razones. En primer término, la profundidad y ubicación que hace inviable su uso desde el punto de vista económico tecnológico. En segundo lugar, cuando se demuestre que la filtración no afectará negativamente el “aprovechamiento comercial de acuíferos que contengan minerales, hidrocarburos o produzcan emanaciones geotérmicas”<sup>165</sup>.

En suma, los impactos que importan sobre los acuíferos son aquellos que impiden hacer negocios con ellos. Esta aproximación es útil para el amparo de ciertos rasgos que son importantes de estas aguas subterráneas. Sin embargo, ignora otros atributos que deberían ser objeto de protección jurídica, como sus funciones de provisión, recarga y filtración, entre otros.

Finalmente, uno de los aspectos de la legislación boliviana más problemáticos ambientalmente es la posibilidad de realizar minería en áreas protegidas, “previo cumplimiento de la normatividad ambiental”<sup>166</sup>. Si bien no todos los esquemas de conservación son estrictos, los proyectos mineros, en particular aquellos a gran escala, desafían el uso sostenible en estos espacios naturales legalmente amparados. La regulación en estas áreas no tiene ninguna distinción sustancial con la de aquellas operaciones mineras que se realizan en zonas no protegidas; el estándar legal es básicamente similar. Además, contradice las disposiciones de la Ley Marco de Medio Ambiente, que las considera de interés público, con el propósito de conservarlas<sup>167</sup>.

## REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS

Las tensiones entre las cláusulas ambientales y los distintos esquemas de regulación minera en varios países de la región andina parecen obedecer a la importancia ascendente de la minería en las economías nacionales. Del mismo modo, la presión de sectores ambientales en la actividad judicial y las constituyentes se ha traducido en cláusulas ambientales vigorosas en los sistemas constitucionales y en algunas leyes. Por el contrario, en los reglamentos es dónde parece encontrarse el mayor punto de divergencia en la producción normativa, en particular en Colombia. Ahora bien, Ecuador y Bolivia tienen excepciones importantes a la protección ambiental, incluso en los textos de sus constituciones.

La idea de utilidad pública e interés social de la minería es una constante en los sistemas jurídicos en la región andina. Sin importar si se encuentra en los textos de las constituciones, en las leyes o en la reglamentación, de manera consistente otorga un estatus prevalente a los derechos asociados a minería frente a otro tipo de derechos patrimoniales e incluso fundamentales. Es, sin duda, un desafío para la materialización de los derechos al ambiente sano, la propiedad colectiva, la participación, la vida y la salud. La tensión no parece haber sido resuelta por los tribunales constitucionales de la región. Al mismo tiempo, la oposición a derechos mineros por razones de interés público debería ser posible. Por ahora, en la región andina solo parece viable para quienes tienen un mejor derecho minero. Las normas ambientales de mayor rango no deberían estar subordinadas a normas mineras por el solo hecho de que estas últimas se consideran de interés público.

Mientras la gestión de recursos naturales estratégicos debería seguir siendo de interés público, es preciso afinar la definición sobre lo que esto significa: antes que la subordinación de virtualmente todos los derechos del ciudadano a aquellos asociados a minería, el diseño de distintos niveles de supervisión, acceso a información y debate público, todos ellos amparados jurídicamente.

La desregulación ambiental de ciertos segmentos de las operaciones mineras también parece ser una constante en la región. La simplificación de permisos, junto con la estandarización por medio de autorizaciones globales para proyectos de interés estratégico, es evidente en el caso colombiano. Ahora bien, esto no se ha traducido en mejores estándares normativos para un asunto crucial en minería: la valoración y regulación de impactos acumulativos, que sigue siendo una asignatura pendiente en Colombia, Ecuador y Bolivia. En ocasiones parece existir una tendencia a asimilar el mejoramiento de procesos a reformas normativas. La

162 Estado Plurinacional de Bolivia, Reglamento en Materia de Contaminación Hídrica, (1995).

163 Art. 28.

164 Art. 63.

165 Art. 30.

166 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, Art. 220, (2014).

167 Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Medio Ambiente, Art. 60, (1992).

exploración minera debería estar licenciada, pues ninguna actividad que tenga el potencial de causar impacto en las fuentes de agua debería estar desregulada.

La distinción jurídica entre suelo y subsuelo, si bien tiene sentido desde el punto de vista económico, es completamente artificial desde la perspectiva ecosistémica. Por ello, es un desafío para el derecho ambiental. Los regímenes de propiedad sin duda son distintos, pero la gestión debe ser integrada y a ello deben responder las reglas y el precedente. No hay manera de explotar el subsuelo sin generar efectos sobre el suelo; la gestión del subsuelo, por tanto, es también la protección del suelo. El ordenamiento de la minería debería tener en cuenta, como mínimo, los impactos ambientales sobre la superficie y sus usos y las competencias de los gobiernos en su regulación.

Las áreas protegidas no deberían estar basadas principalmente en esquemas prohibitivos. Sin embargo, la exclusión de ciertas actividades de alto impacto parece aconsejable, en particular si afectan ecosistemas estratégicos para la provisión de agua. Las excepciones deberían estar estrictamente regladas, con causales taxativas. Por el contrario, un alto nivel de discrecionalidad de las ramas ejecutiva y legislativa para permitir proyectos mineros en estas áreas no debería ser una opción. Mientras en Bolivia y Ecuador estos están habilitados a nivel legal y constitucional, en Colombia opera una concesión de títulos mineros que contradicen leyes y decretos.

El silencio administrativo positivo no debería ser posible en los procesos de adquisición de derechos mineros, como es el caso de Bolivia y Ecuador, sin perjuicio de las sanciones a los funcionarios que omitan su deber de responder oportunamente los permisos. Por sus impactos, es una actividad cuya admisibilidad jurídica debería ser, en todos los eventos, demostrada. Esto sería coherente con disposiciones como la presente en el artículo 6 del Código de Minas colombiano, que reconoce la imprescriptibilidad de la propiedad los minerales a pesar de la posesión material de dichos recursos o de los predios dónde se encuentran.

La caducidad de derechos mineros por daños ambientales graves es una innovación de derecho ambiental que amerita ser replicada. Por el contrario, la ausencia de este evento en el conjunto de causales por las cuales se puede dar por terminado el derecho de explotación dificulta la protección de ecosistemas sensibles.

Los esquemas de presunciones deberían ser utilizados para la protección ambiental, siempre y cuando sean compatibles con el debido proceso. La interpretación de las normas, en caso de duda, debería ser la más favorable a la naturaleza, tal como lo dispone la constitución de Ecuador. La conservación de ecosistemas de agua dulce debe ser considerada de interés público, con efectos jurídicos plenos.

La aplicación del derecho ambiental debe tener carácter transversal, pues vincula a todas las autoridades estatales, aunque sin invadir las competencias específicas de cada sector. El derecho ambiental debe adaptarse a la realidad ecológica. Los enfoques de cuencas y ecosistemas deben ser incluidos en las normas relevantes y sería importante abrir el debate sobre si el ciclo hidrológico debería ser una suerte de bien jurídico tutelado. Las normas deben ser adaptativas y flexibles frente a cuestiones como el caudal ecológico y la capacidad de asimilación.

## 1.4. Los Límites del Juez como legislador en el Acceso al Agua

Maria del Lujan Flores y Carlos Sapriza Flores



*Análisis jurídico, empírico, cuantitativo, jurisprudencia, mecanismos eficaces*

*Este trabajo busca analizar la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la evolución del derecho al agua como derecho humano. La investigación se realiza a partir de un enfoque jurídico empírico y cuantitativo.*

*Una de las características del enfoque adoptado es asignarle a la jurisprudencia un alcance mayor que el dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, demostrando que el efecto de las sentencias va más allá del caso concreto y al mismo tiempo cambia la percepción de la relación entre los órdenes jurídicos con el sistema interamericano. De manera simultánea se perciben los vínculos que se generan entre las normas internas y las del sistema interamericano.*

*Se examinan dos variables relevantes, una es el grado en que un instituto ha sido tratado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y otra es el impacto que este instituto posee en los sistemas jurídicos internos.*

*En ese proceso se puede apreciar que si un tema ha sido tratado en mayor profundidad por la Corte, su grado de incorporación será mayor. Ejemplo de ello es el caso del acceso a la información. Al respecto se efectúa un análisis de derecho comparado que revela como la incorporación del Habeas Data a las Constituciones latinoamericanas ha sido mayor que en el caso del derecho al agua cuyo tratamiento por parte de la Corte ha sido más limitado.*

*Asimismo se analiza el contexto en el que ambos institutos se han desarrollado, especialmente en lo que refiere a otros derechos humanos con los que estas dos líneas jurisprudenciales han interactuado.*

*La existencia de una relación entre el grado de desarrollo jurisprudencial de los temas a nivel interamericano y el grado de difusión a nivel de los ordenamientos jurídicos internos permite el desarrollo de mecanismos jurídicos específicos más eficientes los que son abordados como herramientas tendientes a consolidar y fortalecer derechos como el de acceso al agua o el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.*

### 1. Evolución del derecho al agua

Usualmente se considera como el punto de inicio del reconocimiento al derecho al agua y el saneamiento la Declaración Universal de Derechos Humanos, en particular si se toma en cuenta que el derecho al agua se encuentra estrechamente asociado al derecho a la vida<sup>168</sup>.

Durante la década del sesenta, continuó el desarrollo del derecho al agua y al saneamiento. El punto de mayor importancia fue la suscripción del Pacto de Derechos Económicos y Sociales en 1966<sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Al respecto, la Declaración adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 establece el derecho a la vida en el artículo 3 en tanto que en el artículo 25 establece el derecho a un "nivel de vida adecuado" que le asegure a la persona y su familia "la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios" Artículo 25

<sup>169</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976

## 1.1. Artículo 11

*“ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

Debe destacarse que los derechos económicos y sociales fueron considerados como “de realización progresiva”, como lo consagra el propio Pacto en su artículo segundo<sup>170</sup>, la ausencia de una identificación clara, o incluso el condicionamiento al desempeño económico del país.

El tema fue tratado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que se celebró en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972. En particular el Principio 1 presenta una referencia al agua. Se hace referencia clara al derecho del hombre al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad, lo que puede interpretarse como incluyendo el agua y saneamiento, en especial si se toma en cuenta que existieron referencias claras a ambos derechos por parte de las diversas delegaciones<sup>171</sup>.

## 1.2. Principio 1

*“ El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.”*

Aunque sin carácter vinculante, estas referencias marcan etapas en la consagración del derecho.

En 1976, en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat I, que tuviera lugar en Vancouver, Canadá, entre el 31 de mayo y el 31 de junio, se hizo referencia a la necesidad de dar prioridad a los programas de agua potable y saneamiento.

Al año siguiente se produce un nuevo desarrollo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, en Mar del Plata. Dentro de las resoluciones que integran el plan de acción se destaca la segunda, que reconoce expresamente el derecho al acceso al agua potable de todas las personas e insta a dar prioridad al suministro de agua potable y saneamiento en las políticas de desarrollo<sup>172</sup>. El mecanismo no deja de ver al agua como un derecho de realización progresiva.

En 1990 tuvo lugar la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, Nueva York, que en su declaración impulsa el surgimiento del derecho al agua y saneamiento.

*(2) We will work for a solid effort of national and international action to enhance children's health, to promote pre-natal care and to lower infant and child mortality in all countries and among all peoples. We will promote the provision of clean water in all communities for all their children, as well as universal access to sanitation.*

170 El artículo 2 establece que los Estados deben “lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Incluso en el numeral tercero se toma específicamente en cuenta la situación de los países en desarrollo al afirmar en el caso de estos “teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”. Es decir incluso se condiciona este derecho a la nacionalidad, lo que muestra las limitaciones.

171 A lo largo del debate general se trató el tema del derecho al agua y saneamiento como derechos humanos como lo muestra el siguiente párrafo del Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano “48. Gran número de oradores, de países desarrollados y en desarrollo, coincidieron en afirmar que el afán implacable de incrementar el producto nacional bruto, sin tener en cuenta otros factores, producía unas condiciones de vida que eran una afrenta a la dignidad del hombre. La atmósfera limpia, el agua, la vivienda y la sanidad eran necesidades y derechos indiscutibles del hombre. página

172 E/CONF 70/29. La resolución establece en su considerando “(a) All peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs;” a la vez que recomienda “(a) That where human needs have not yet been satisfied, national development policies and plans should give priority to the supplying of drinking water for the entire population and to the final disposal of waste water; and should also actively involve, encourage and support efforts being undertaken by local voluntary organizations;”

Del 6 a 12 de marzo de 1995 tiene lugar la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en Copenhague, en la cual los Jefes de Estado y de Gobierno asumen una serie de compromisos dentro de los que se incluye proveer de agua potable y saneamiento a sus poblaciones.<sup>173</sup>

b) *“Orientaremos nuestros esfuerzos y nuestras políticas a la tarea de superar las causas fundamentales de la pobreza y atender a las necesidades básicas de todos. Estos esfuerzos deben incluir la eliminación del hambre y la malnutrición; el establecimiento de la seguridad alimentaria, y el suministro de educación, empleo y medios de vida, servicios de atención primaria de la salud, incluida la salud reproductiva, agua potable y saneamiento, vivienda adecuada y oportunidades de participación en la vida social y cultural. Se concederá prioridad especial a las necesidades y los derechos de las mujeres y los niños, que suelen soportar la mayor carga de la pobreza, y a las necesidades de las personas y los grupos vulnerables y desfavorecidos;”*

El 8 de septiembre de 2000 se aprueba la Declaración del Milenio, donde los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometen a lograr reducciones concretas en el número de personas que carezcan de agua y saneamiento<sup>174</sup>:

19. Decidimos, asimismo:

*“Reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre; igualmente, para esa misma fecha, reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo.”*

Un hito importante se produjo con la Observación General N.º 15 (2002) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto) realizada por el Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>175</sup>. El Comité realizó un doble proceso. Por una parte, lo vincula con el derecho a la vida y el derecho a una vida adecuada, en segundo lugar, hizo referencia al derecho al agua consagrado en relación a grupos específicos, por ejemplo mujeres, niños, personas de edad o prisioneros de guerra, consagrado en otros acuerdos. El Comité deriva este derecho del párrafo 1 del artículo 11 del Pacto donde se hace referencia a una serie de derechos que emanan del derecho a un nivel de vida adecuado, afirmando que el Pacto no hace una enumeración taxativa y que el derecho al agua es necesario tanto para asegurar un nivel de vida adecuado, a su necesidad para gozar de al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas previstas en el párrafo 1 del artículo 11, así como para lograr el goce del derecho a la salud previsto en el párrafo 1 del artículo 12. Lo deriva también del derecho a la vida y a la dignidad humana.

A lo largo de los siguientes años el sistema de Naciones Unidas fue consolidando el derecho. Por ejemplo mediante la resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento” aprobada sin votación el 28 de marzo de 2008<sup>176</sup>.

En 2010 se produce un nuevo desarrollo trascendente, esta vez en la Asamblea General de la ONU, al aprobarse una resolución consagrando el derecho al agua<sup>177</sup>. Si bien las resoluciones de la Asamblea General no son en principio vinculantes, representó un paso más en la consolidación del acceso al agua y el saneamiento como derecho, siendo destacable, que no existieron votos en contra de la resolución.

La acción de los diversos órganos de Naciones Unidas se refuerza entre sí. Ejemplo de ello es la resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/18/1 (setiembre 2011) que hace clara mención a la resolución 64/292 de la Asamblea General<sup>178</sup>.

6. *“El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse un medio de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla*

173 Documento A/CONF.166/9 de fecha 19 de abril de 1995. Declaración de Copenhague sobre Desarrollo social, Segundo compromiso literal b

174 Resolución A/55/L.2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

175 E/2003/22, E/C.12/2002/13 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Informe sobre los periodos de sesiones vigésimo octavo y vigésimo noveno. Consejo Económico y Social, anexo IV

176 Esta resolución es la que designa a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento

177 Resolución A/RES/64/292. Asamblea General de las Naciones Unidas (julio 2010)

178 A/HRC/RES/18/1

para fines personales y domésticos. También debería darse prioridad, en esta esfera, a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.”

## 2. El derecho al acceso al agua potable y saneamiento

En primer término nos referiremos al agua potable, este es un derecho que ha logrado mayor reconocimiento que el derecho al saneamiento. Partiremos de la definición contenida en la Observación general 15, “Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)<sup>179</sup>”

2. “ El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.”

Resulta importante destacar que aunque el Comité reconoce que el agua es necesaria para la producción de alimentos y con ello se vincula al derecho a una alimentación adecuada, o necesaria para procurarse medios de subsistencia y con ello el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo, o necesaria para determinadas prácticas culturales y con ello vinculada al derecho a participar en la vida cultural, **la prioridad en la asignación del agua debe concederse a su uso con fines personales y domésticos, así como para evitar el hambre, las enfermedades o hacer efectivas las obligaciones fundamentales previstas en el Pacto.**

El Comité indica que existen cuatro aspectos claves: el recurso debe estar disponible, entendiendo ello como un abastecimiento continuo y en cantidad suficiente para atender las necesidades personales y domésticas, el derecho se debe ejercer en forma sostenible, es decir en forma que lo puedan ejercer también las generaciones futuras, el agua debe tener la calidad necesaria para su uso personal o doméstico, debe ser accesible, entendido tanto desde el punto de vista físico, es decir ubicarse en el hogar o lugar de trabajo o bien en sus cercanías inmediatas, desde el punto de vista económico, debe encontrarse al alcance de toda la población, esencialmente su uso no debe comprometer el goce de otros derechos, finalmente no debe existir discriminación entre usuarios.

### Con respecto al saneamiento este fue definido como:

63. “ La Experta independiente es de la opinión que el saneamiento se puede definir como un sistema para la recolección, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de desechos humanos y la correspondiente promoción de la higiene”

La piedra de toque de la Relatora para determinar la existencia de un derecho autónomo es el concepto de dignidad. La falta de saneamiento atenta contra la dignidad de las personas:

“El saneamiento, más que muchas otras cuestiones de derechos humanos, evoca el concepto de la dignidad humana; se debe considerar la vulnerabilidad y la vergüenza que tantas personas experimentan cada día cuando, una vez más, se ven obligadas a defecar al aire libre, en un cubo o una bolsa de plástico. Es lo indigno de esta situación lo que causa vergüenza. <sup>180</sup>”

Con respecto a las obligaciones que emergen de este nuevo derecho para los Estados se encuentran la de: disponibilidad, es decir que exista número de instalaciones de saneamiento suficiente para asegurar que los tiempos de espera sean razonables, calidad, es decir que los servicios sean seguros desde el punto de vista técnico (evitar accidentes) y de la higiene, accesibilidad física, es decir que sean razonablemente accesibles. Asequibles, es decir que su costo debe ser razonable y los gobiernos deben formular políticas para abordar la situación de quienes no pueden pagarlos. Finalmente se encuentra la aceptabilidad, es decir que las instalaciones y servicios de saneamiento deben ser aceptables desde el punto de vista cultural.

179 HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002). Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>

180 A/HRC/12/24 de fecha 1° de julio de 2009 “Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque”

Como se señalara un factor importante en el desarrollo del derecho al agua potable y el saneamiento, fue la aprobación de la resolución 64/292. Titulada “El derecho humano al agua y el saneamiento” en la Asamblea General de Naciones Unidas.

La resolución contempla dos párrafos clave. El primero es el que reconoce al agua potable y el saneamiento como un derecho humano:

*“Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;”*

Esto se hace por oposición a considerarlo como un componente o factor necesario para hacer efectivos otros derechos, como lo considerara el representante del Reino Unido en oportunidad de la votación.<sup>181</sup>

Los problemas que trae aparejado el reconocer la existencia de un derecho al agua potable, son varios. El primero es la magnitud de los compromisos asumidos<sup>182</sup>, ya que no existe una clara determinación de los límites del nuevo derecho. Varios países parecieron afirmar que si bien el acceso al agua potable y al saneamiento es un componente esencial para hacer posible el derecho a la vida, en tanto que derecho independiente, posee otras características que lo ubican dentro de los derechos económicos y sociales y por ende como de carácter progresivo<sup>183</sup>.

El segundo párrafo, vincula lo que sería el derecho internacional de los derechos humanos, con áreas del derecho internacional público tales como la cooperación entre Estados.

Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento;

La interacción de las obligaciones que podían emerger del juego de ambas áreas, fue también motivo de preocupación para algunas delegaciones.<sup>184</sup>

Debe tenerse presente el creciente desarrollo de la obligación de reparar por daños transfronterizos.<sup>185</sup> Al consagrarse un derecho con claros vínculos ambientales, cambia el equilibrio de derechos y deberes existente entre Estados en virtud del desarrollo de la obligación de reparar los daños transfronterizos. Se trata de un tema que probablemente adquiera un mayor peso en la agenda interestatal<sup>186</sup>. En este sentido basta pensar en la existencia de recursos naturales compartidos como el Acuífero Guaraní en América Latina. Ello le otorga a este derecho una importante proyección sobre diversas áreas del Derecho Internacional Público.

181 En la ocasión afirmó “el Reino Unido no cree que existan en estos momentos bases jurídicas suficientes en el derecho internacional para de clarar o reconocer el agua o el saneamiento como derechos humanos por sí solos. No se ha acordado ni el derecho al agua ni el derecho al saneamiento en ningún tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas; ni tampoco hay pruebas de que existan en el derecho internacional consuetudinario. El Reino Unido está firmemente convencido de que el derecho al agua es un elemento del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado. También creemos que un saneamiento inadecuado tiene consecuencias negativas en la protección de los derechos humanos, como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

182 De la misma forma, en oportunidad de aprobarse la resolución, el delegado de Australia afirmó “Australia tiene reservas en cuanto al proceso de declarar nuevos derechos humanos mediante una resolución de la Asamblea General. Nos preocupa en particular que la condición y el carácter de estos derechos sean inciertos, y la incertidumbre dificulta el consenso.”

183 “Asimismo, interpretamos este reconocimiento del derecho al agua potable y el saneamiento estrictamente como un esfuerzo para promover el acceso a dicho recurso vital, siempre sujeto a la legalidad interna de cada Estado.” Asimismo, Guatemala entiende que la aprobación de esta resolución no genera ningún tipo de derecho u obligación exigible a nivel internacional o entre Estados.

184 De esta forma, la Delegación de Brasil afirmó “Consideramos que el derecho humano al agua y el saneamiento se corresponde con el principio del derecho soberano de los Estados de utilizar sus propios recursos hídricos, tal como se refleja en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992.”. También con respecto a los derechos de los estados se manifestó el representante de Etiopía “Estamos convencidos de que el derecho al agua y el saneamiento no pueden considerarse de manera aislada, sin tener en cuenta, en primer lugar, los derechos de los países que cuentan con escasos recursos, que merecen que se les tenga nuevamente en cuenta a la hora de negociar el derecho o el acceso al agua u otros asuntos conexos.” Debe tenerse presente que en 2011 este país comenzó la construcción del proyecto “Grand Ethiopian Renaissance Dam” sobre el Nilo Azul.

185 Flores, María del Luján “La obligación del Estado de reparar los daños transfronterizos”, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2005, pág. 282. Con respecto al derecho internacional consuetudinario afirma “Al examinar el derecho consuetudinario en la materia se constata una evolución significativa en las últimas décadas. En efecto un cúmulo de provisiones en tratados, resoluciones de organismos internacionales, declaraciones y una serie de pronunciamientos a nivel gubernamental y no gubernamental influyeron en la práctica de los Estados relativa a la reparación del daño transfronterizo. La conducta de estos a partir de la máxima “sic utere tuo ut alienum non laedas” y de una serie de decisiones judiciales y arbitrales así como de un conjunto de principios en gestación fue confirmando dos normas de derecho internacional consuetudinario: la obligación de prevenir reducir y controlar el daño transfronterizo y el deber de cooperar para prevenir dicho daño a través de distintos medios tales como la notificación, el procedimiento de consulta, la negociación y la evaluación del impacto ambiental.”

186 A los efectos de ilustrar esta tendencia véase por ejemplo el reciente caso entre Uruguay y Argentina. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=135&code=au&p3=0>

Por otra parte, estas observaciones, resultan particularmente relevantes en el caso de los países latinoamericanos ya que revelan inconsistencias en torno al reconocimiento del derecho al agua como derecho. Debe tenerse no obstante en cuenta que se trata de uno de los bloques más homogéneos.

### 3. Los límites del enfoque actual

En 2012 La Jueza Margarette Macaulay plantea el tema de los caminos necesarios para el reconocimiento de los derechos económicos y sociales<sup>187</sup>.

Al desarrollar una explicación de su voto en el caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, el Juez Ferrer Mc Gregor Possot analiza el mecanismo seguido por la Corte Interamericana a los efectos de desarrollar ciertos derechos de carácter económico y social. En esencia la Corte extiende el derecho a la vida recurriendo al concepto de vida digna y estableciendo una conexión entre el concepto de vida digna y otros derechos. Sin perjuicio de calificarlo de un importante avance, Ferrer afirma que la estrategia seguida por la Corte, presenta limitaciones ya que “existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos”<sup>188</sup>. Melish desarrolla con mayor profundidad el alcance de estas limitaciones<sup>189</sup>.

Resulta importante poder distinguir entre las limitaciones que impone un enfoque determinado, por ejemplo el desarrollar el derecho al agua a partir del derecho a la vida, afirmando que es un componente del derecho a la vida digna, de las limitaciones de carácter estructural, es decir las propias de la actividad judicial.

### 4. La naturaleza de la jurisprudencia

El punto de partida, es determinar la naturaleza de la jurisprudencia. Tradicionalmente la doctrina le otorgó gran importancia al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en este tema<sup>190</sup>. Barberis<sup>191</sup> y Virally<sup>192</sup>, le niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del derecho, limitándolo al de fuente material. Vinculado a esta posición, otros autores aunque formalmente le reconocen el carácter de fuente material, no dejan de reconocer que tiene una importancia que trasciende los aspectos formales como Jiménez de Aréchaga<sup>193</sup> o en una posición un tanto más desapegada de la tradicional, Brownlie<sup>194</sup>. Finalmente otros como Abi-Saab afirman la existencia de efectos más allá del caso concreto<sup>195</sup>. De esta forma expresa Pastor Ridruejo que este dista de ser un tema en el que exista doctrina uniforme<sup>196</sup>.

187 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

188 Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261. Párrafo 57 de la explicación de voto.

189 Sobre este aspecto, véase Melish, Tara J. “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008, capítulo 19. La autora afirma “Nonetheless, significant problems arise in the more nuanced, but equally important cases in which these latter rights are insufficiently refined to interrogate effectively all aspects of economic, social and cultural rights violations. It is particularly problematic in litigating the crucial elements of adequacy, availability, accessibility and quality as core components of the rights to health, to education and to housing. These concepts often cannot be captured by the broadness of ‘life’, ‘integrity’, ‘property’ or ‘participation’ – at least not without serious norm dilution or underbreadth of coverage.”

190 Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

191 Barberis, Julio A. “Formación del derecho internacional”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, página 220

192 Virally, Michel “Fuentes de derecho internacional” en “Manual de derecho internacional público” editado por Max Sorensen, fondo de cultura Económica, México, 2000, páginas 177 a 181

193 Jiménez de Aréchaga, Eduardo “Derecho Internacional Público”, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, Página 181 “Las decisiones judiciales que tratan cuestiones de Derecho Internacional son indicadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, conjuntamente con la doctrina como “medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho”, bajo reserva de lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto. Este artículo establece que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y para el caso que ha sido decidido. Es indudable sin embargo, que en la práctica, los tribunales internacionales en sus decisiones, los abogados en sus alegatos y los autores en sus obras de doctrina dan gran peso a las decisiones judiciales preexistentes. Esta tendencia se ha acentuado con la creación de un órgano judicial permanente como es la Corte de la Haya, que ha evidenciado una definida tendencia a seguir los precedentes seguidos por otros tribunales y por ella misma”.

194 Brownlie, Ian “The sources of the law governing maritime delimitation” en “El Derecho Internacional en un mundo en transformación”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, Vol II, página 741. el autor afirma “In the context of the law of the sea, there is a certain element of precedent in the reference to legal concepts and items of judicial reasoning from earlier decisions. Whilst this is unlike precedent in its more orthodox form, it is a striking phenomenon, and the fact that the majority of maritime delimitation cases are based upon special agreements has not diminished its significance. The phenomenon, has been most obvious in the sphere of continental shelf delimitation and the Chamber which decided the Gulf of Maine case, involving a single maritime boundary, still found it necessary to draw upon the rules formulated by the Court in the North Sea Cases.”

195 Abi-Saab, Georges “Les sources du droit international: essai de déconstruction” en “El Derecho Internacional en un mundo en transformación”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, Vol I, página 34. Sostiene el autor “Pour ce que est de la jurisprudence, c’est du pur formalisme artificiel que de dire qu’ elle ne fait qu’interpréter la matière normative déjà existante, sans ajouter en ce faisant à sa substance”.

196 Pastor Ridruejo, “Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales”, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, página 82

Es posible pensar que, con la multiplicación de tribunales, la doctrina reconocerá cada vez más la importancia de los tribunales como fuente de normas generales y abstractas.

El mejor argumento a favor de la capacidad de los tribunales de generar normas generales y abstractas, proviene del propio análisis de la jurisprudencia. A vía de ejemplo al observar la aplicación que hace el tribunal de un tratado nos preguntamos. ¿Nos encontramos frente a la capacidad de determinar el sentido de una norma más allá del texto del tratado? ¿Se trata de una interpretación que trasciende el caso concreto?

Con respecto a la primera pregunta, es necesario señalar que la capacidad de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es muy extensa. A los efectos de analizar esto desde una perspectiva práctica, puede verse el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*<sup>197</sup>. Uno de los puntos de este caso, implicaba interpretar el artículo 4 numeral 1 del Pacto de San José de Costa Rica que establece:

1. *“ Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”*

La Corte por su parte, interpretó que el derecho a la vida se encuentra protegido a partir de la implantación, lo que constituye un desarrollo de cierta entidad en relación a una interpretación literal del artículo 4 numeral 1.

189. *“Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.”*

Analizando el ejemplo podría afirmarse que el Pacto de San José de Costa Rica no es aplicado a partir de un esquema kelseniano tradicional donde el tratado es la norma de superior jerarquía que prima automáticamente frente al fallo o al menos admite una interpretación que no es cien por ciento coincidente con este.

La jurisprudencia puede producir efectos en forma general y abstracta y bajo determinadas circunstancias primar sobre el texto del tratado.

El segundo punto, ya ha sido parcialmente tratado. En efecto, como afirmara Ferrer en relación a los derechos económicos y sociales, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia consistente.

El desarrollo de este concepto se produjo en 1999 a partir del Caso de los “Niños de la Calle”<sup>198</sup>

144. *“ El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”*

Tal como lo muestra el Caso “Instituto de Reeducción del Menor”<sup>199</sup>

159. *“ Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención, como ya lo ha indicado la Corte*

197 Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

198 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

199 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

(supra párrs. 151, 152 y 153). En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que: según [el artículo 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida<sup>163</sup>.”

Esta línea jurisprudencial se mantiene en el caso Yvon Neptune<sup>200</sup>

182. “En relación con la situación de inseguridad en la Penitenciaría Nacional, esta Corte ha reconocido que la obligación internacional del Estado de garantizar a toda persona el pleno ejercicio de los derechos humanos incluye el deber de “diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas” que podrían poner en peligro los derechos fundamentales de los internos en su custodia<sup>201</sup>. Esta Corte considera que la elaboración y la implementación efectiva de una estrategia preventiva para evitar la escalada de violencia en los centros penitenciarios es esencial para garantizar la vida y la seguridad personal de los reclusos, y asimismo, garantizar que las personas privadas de libertad dispongan de las condiciones necesarias para vivir con dignidad.”

Es decir que diez años después de dictada la sentencia en el caso “Niños de la Calle” las modificaciones al concepto de derecho a la vida, ampliándolo para incluir el derecho a una vida digna, se mantienen. Claramente la jurisprudencia genera normas que van más allá del caso concreto.

#### 4.1. Las variaciones en la jurisprudencia

La existencia de líneas jurisprudenciales no quiere decir, que no puedan existir variaciones. De hecho son inherentes a la dinámica jurídica. Por ejemplo el derecho a la vida fue una línea particularmente fuerte de la Corte, entre otros motivos, por haber trabajado el tema de desapariciones forzadas. El Caso Baldeón García Vs. Perú ilustra este punto<sup>202</sup>

82. “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos 45. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo<sup>46</sup>. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes 47.”

Se puede comparar por ejemplo con el ya citado Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica<sup>203</sup>

259. “En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.”

200 Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180

201 Cfr. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra nota 137, párr. 178. Ver también Asunto de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de abril de 2004, considerando undécimo. En similar sentido, la Corte Europea ha establecido que el artículo 3 del Convenio Europeo establece la obligación, por parte del Estado, de adoptar de manera preventiva medidas concretas para proteger la integridad física y la salud de las personas privadas de libertad. Cfr. CEDH, Affaire Pantea c. Roumanie, arrêt du 3 juin 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-VI (extraits), párr. 190.

202 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147

203 Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Parágrafo 253

***Para poder entender el equilibrio entre la creación sin freno de los jueces y la aplicación mecánica de la norma, es necesario recurrir al concepto de margen de discrecionalidad del juez.***

Los jueces poseen discreción dentro de una esfera o margen. Dentro de la misma, se expresan aspectos psicológicos, axiológicos y sociológicos sin entrar en conflicto con lo dispuesto por las normas. El margen de discrecionalidad es un espacio en el que por ejemplo adquiere relevancia la personalidad del juez.

Tiene su origen en la semiótica, en concreto en las posibilidades de interpretación múltiple de un texto. Sin embargo, fuera de este margen, existe la objetividad dentro del sistema jurídico. Así a modo de ejemplo, en el caso de los “Niños de la Calle”, los jueces podrían no haber dicho que el derecho a la vida implicaba el derecho a una vida digna, como hicieron. Sin embargo no podrían haber rechazado la existencia del derecho a la vida.

**Figura 1**



Si el Juez excede el espacio de decisión que le permite el sistema, su decisión pasa a ser percibida como errónea o arbitraria. Cuanto más cerca del límite exterior se ubique el juez, mayores serán las probabilidades de que su fallo sea revocado, en aquellos sistemas jurídicos en los que ello es posible.

***En síntesis el margen de discrecionalidad se presenta como un espacio de decisión en el que la norma mantiene altos grados de validez.***

Por otra parte, este margen sufre transformaciones. Al consolidarse una línea jurisprudencial, se va desplazando el margen de discrecionalidad, como lo muestra la figura 1.

Por otra parte, el espacio del margen de discrecionalidad cambia también en función de otras variables jurídicas tales como la cantidad de sentencias judiciales de un sistema<sup>204</sup>.

204

Sobre los intentos por medir la evolución del margen de discrecionalidad del Tribunal europeo de Derechos Humanos puede verse el trabajo de Flores, María del Lujan y Sapriza, Carlos “Un modelo matemático del Tribunal europeo de Protección de los Derechos Humanos a partir de un análisis jurídico empírico” Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol 21 (2013) paginas 281-303.

La presencia del margen de discrecionalidad en la actividad judicial, tiene una fuerte incidencia en la forma en que interactúan las normas. Obligan a descartar la aplicación de normas en forma mecánica. Es decir mediante un silogismo aristotélico. Sin ser el único factor, es particularmente relevante.

El derecho presenta un doble aspecto, por una parte, existe la posibilidad de analizar los sistemas jurídicos mediante la ontología, tal como ocurre con los numerosos tipos de determinación que es posible encontrar. Esto sería imposible de tratarse de una disciplina en los términos del positivismo de corte formalista.

Como señalara Mario Bunge <sup>205</sup> en relación al principio de determinación:

*“Determinismo en sentido amplio, es aquella teoría ontológica cuyos componentes necesarios y suficientes son: el principio genético o principio de productividad, según el cual nada puede surgir de la nada ni convertirse en nada; y el principio de legalidad, según el cual nada sucede en forma incondicional ni completamente irregular, o sea de modo ilegal o arbitrario.”*

El determinismo admite como lo señala Bunge, numerosas categorías, dentro de las que se encuentran: la estadística, la causal, la mecánica, la estructural y el azar entre otras. Los diferentes tipos de determinación son irreducibles entre sí, pero se encuentran relacionadas y no actúan en forma pura, con exclusión de las demás categorías <sup>206</sup>

En este contexto, el análisis empírico se revela como imprescindible para conocer la dinámica de los sistemas jurídicos ya que por los motivos antes señalados el análisis lógico presenta limitaciones, lo que implica la posibilidad de desarrollar un análisis jurídico cuantitativo. La jurimetría es al derecho lo que la econometría a la economía.

TOTAL DE VIOLACIONES POR ARTICULO DESDE EL INICIO DE LAS ACTIVIDADES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS HASTA 2009	
ARTICULO	Viol.
1.1 (Obligación de respetar los derechos)	113
8 (Garantías judiciales)	94
25 (Protección judicial)	93
5 (Derecho a la integridad personal)	76
7 (Derecho a la libertad personal)	56
4 (Derecho a la vida)	54
2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno)	49
19 (Derechos del niño)	14
21 (Derecho a la propiedad privada)	14
13 (Libertad de pensamiento y de expresión)	17
9 (Principio de legalidad y retroactividad)	10
3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica)	9
22 (Derecho de circulación y de residencia)	5
16 (Libertad de asociación)	8
11 (Protección de la honra y la dignidad)	8

<sup>205</sup> Bunge, Mario "La Causalidad: El principio de causalidad en la ciencia moderna", Editorial sudamericana, Buenos aires, 1997. Página 48  
<sup>206</sup> Bunge, Mario, Op cit, pag 40

27 (Suspensión de garantías)	3
24 (Igualdad ante la ley)	3
23 (Derechos políticos)	4
20 (Derecho a la nacionalidad)	2
18 (Derecho al nombre)	2
17 (Protección a la familia)	21
12 (Libertad de conciencia y religión)	22
6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre)	23
8 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	14
6 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	14
1 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	11
2 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	2
10 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	1
9 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	1
7 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	1
5 (Conv. Inter. para Prevenir y Sancionar la Tortura)	1
1 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	8
2 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	2
3(Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	4
7 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	1
10 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	1
11 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	2
9 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	1
19 (Conv. Inter. sobre Desaparición Forzada de Personas)	1
7 (Conv. Inter. Para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer)	2
1(Conv. Inter. Para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer)	1
Fuente: Informes anuales de la CIDH 2007, 2008 y 2009	



**Fuente:** informe anual de la CIDH 2007, 2008 y 2009.

Los datos muestran con claridad que no todos los artículos aparecen con la misma frecuencia en la jurisprudencia de la Corte. La concentración de casos posee incidencia en el desarrollo de las líneas jurisprudenciales y por ende en el desarrollo de las normas.

## 5. Evolución de la línea jurisprudencial del derecho al agua y al saneamiento

La línea jurisprudencial parte del derecho al agua como un componente indispensable para hacer efectivo el derecho a una vida digna. No es una línea particularmente intensa. Existen pocos casos. A ello se suma un fuerte vínculo con la situación de ciertos grupos humanos como los migrantes o lo indígenas que experimentan situaciones de especial vulnerabilidad. El resultado es un desarrollo fragmentario.

La primer sentencia relevante el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay de 2005<sup>207</sup>. En este caso, existen dos vertientes importantes. Una, es el derecho a una vida digna como lo ilustra el parágrafo 66.

*“Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia<sup>208</sup>.”*

El segundo aspecto importante, es el vínculo que une a los pueblos indígenas con la tierra, otra línea de jurisprudencia importante que refuerza el derecho al agua aunque no necesariamente en forma lógica.

207 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

208 Cfr. U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20° período de sesiones, 1999), párr. 13, y U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (29° período de sesiones 2002), párr. 16.

*“Las violaciones a los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la Comunidad Yakye Axa declaradas en la presente Sentencia tienen como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la Comunidad, cuya existencia no ha sido discutida por el Estado. Además, el Estado ha manifestado a lo largo del presente trámite ante la Corte su disposición de entregar tierras a los miembros de la Comunidad. Así, en su escrito de contestación a la demanda señaló que [t]eniendo en cuenta el interés general que persigue la cuestión de fondo, aun no compartiendo los fundamentos de la demanda, el Estado de Paraguay se allana al pedido de reparación y en consecuencia, dispondrá por medio de las autoridades competentes la restitución de las tierras de la [C]omunidad peticionaria, dentro del territorio ancestral de la [C]omunidad, en la cantidad autorizada por la legislación vigente, es decir, 100 hectáreas por familia, para lo cual comprometerá recursos financieros que ya se han solicitado al Congreso de la Nación [...].”*

*“El inmueble a ser entregado a la [C]omunidad será adquirido por el Estado en la forma y condiciones que le permita la legislación vigente, sin afectar derechos de terceros igualmente protegidos por esta, y la Convención Americana, por lo que no compromete ningún tipo de confiscación ni expropiación ilegítima [...].”*

Dos años después se produce un nuevo desarrollo también vinculado a los pueblos indígenas<sup>209</sup>

126. *“El Estado parece reconocer que los recursos relacionados con la subsistencia del pueblo Saramaka incluyen aquellos recursos relacionados con las actividades agrícolas, de caza y de pesca. Esto es consistente con el anterior análisis de la Corte sobre cómo el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto de los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia física (supra párrs. 120-122). Sin embargo, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (infra párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (supra párrs. 82-83 e infra párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.”*

El siguiente caso, en 2009 se encuentra vinculado también a los derechos de los pueblos indígenas, niños y derecho a la vida<sup>210</sup>.

170. *“Recién el 23 de junio de 1999 la Presidencia de la República del Paraguay emitió el ya referido Decreto No. 3789, que declaró en estado de emergencia a la Comunidad Sawhoyamaya. No obstante, las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de este decreto no pueden calificarse de suficientes y adecuadas. En efecto, durante más de seis años de vigencia del decreto, el Estado sólo entregó víveres a las presuntas víctimas en diez ocasiones, y medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades, con extensos intervalos entre cada entrega (supra párr. 73.64 a 66). Estas entregas, así como las cantidades suministradas, son a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo de los miembros de esta Comunidad y prevenir violaciones del derecho a la vida, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron (supra párr. 73.74. 1, 5 a 16, 20, 22 y 27 a 30).”*

177. *“En materia de derecho a la vida de los niños, el Estado tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, la obligación adicional de promover las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana, el cual dispone que: “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Así,*

209 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172

210 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de mayo de 2009

por una parte, el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño<sup>211</sup>. Lo anterior no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica.

En estos casos, debe tenerse presente que las líneas de jurisprudencia tales como el derecho del niño y la niña resultan particularmente fuertes cuando se analizan en relación a otros derechos.

Esta línea continuó en 2010 con el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Resulta interesante observar que en este caso, la Corte fijó una cantidad mínima concreta de agua<sup>212</sup>.

1. “La Corte observa que el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día<sup>213</sup>. Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene<sup>214</sup>. Además, según los estándares internacionales el agua debe ser de una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo. Bajo los estándares indicados, el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua durante el año 2010, ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua en el asentamiento “25 de Febrero” donde se encuentran radicados actualmente. Por el contrario, en declaraciones rendidas en la audiencia pública miembros de la Comunidad indicaron, respecto al suministro de agua, que “actualmente si es que se pide, no cumple, a veces se tarda mucho, a veces no hay más agua”, y que “suf[r]en mucho por la sequía, porque donde [se] muda[r]on, en “25 de Febrero” no hay tajamar, no hay lagunas, nada, solamente hay bosque y eso es lo más”<sup>215</sup> e indicaron que durante los períodos de sequía acuden a un tajamar ubicado aproximadamente a 7 kilómetros de distancia.

<sup>216</sup> ”

Al igual que en casos anteriores, el derecho al agua se encuentra vinculado al derecho a la vida.

También en 2010 se produjo el Caso Vélez Loor Vs. Panamá, que integró la línea jurisprudencial de los derechos de las personas sometidas a privación de libertad, a la vez que se centró en el agua como componente de una vida digna<sup>217</sup>.

215. La Corte estima probado que en junio de 2003, mientras el señor Vélez Loor se encontraba recluido en el Centro Penitenciario La Joyita, se produjo un problema en el suministro de agua que habría afectado a la población carcelaria. La prueba allegada demuestra que las deficiencias en el suministro de agua potable en el Centro Penitenciario La Joyita han sido una constante (supra párr. 197), y que en el año 2008 el Estado habría adoptado algunas medidas al respecto<sup>218</sup>. El Tribunal observa que la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención. En relación con el derecho al agua potable, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que “[l]os

211 Cfr. Caso de la “Masacre de Mampiripán”, supra nota 9, párr. 152; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 1, párr. 172, y Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra nota 211, párr. 160. En el mismo sentido, cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56 y 60.

212 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214

213 Para obtener este dato el Tribunal contabilizó: (total de litros de agua entregados por el Estado / número de miembros de la Comunidad que viven en 25 de Febrero) = N1; N1 / período de tiempo en el que dicha asistencia ha sido brindada en días calendario= cantidad de litros de agua diarios por persona.

214 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU. Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002), párr. 12. Ver J. Bartram and G. Howard, “La cantidad de agua domiciliar, el nivel de servicio y la salud”, WHO, 2002. WHO/SDE/WSH/03.02: “Los estimados de las necesidades de las madres lactantes que realizan una actividad física moderada en temperaturas superiores al promedio indican que 7,5 litros per cápita por día atenderían las necesidades de la mayoría de las personas en casi todas las condiciones. Cabe observar que la calidad de esta agua debe tener un nivel tolerable de riesgo”. Ver también: P.H. Gleick, (1996) “Basic water requirements for human activities: meeting basic needs”, *Water International*, 21, pp. 83-92.

215 Cfr. Declaración de Maximiliano Ruíz, supra nota 28.

216 Cfr. Declaración de Maximiliano Ruíz, supra nota 28.

217 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

218 Al respecto, en el marco del procedimiento ante la Comisión Interamericana el Director General del Sistema Penitenciario de la República de Panamá informó que “[l]os problemas de agua potable se hicieron notables con el aumento de la población del Complejo La Joya”, y que después de muchos esfuerzos “a finales del 2008 se logró la adecuación de la planta potabilizadora con equipo de succión, procesamiento, almacenamiento y distribución nuevos, con lo cual se da una total cobertura de agua potable, las 24 horas del día, a todo el Complejo La Joya”. Nota No. 0045-DGSP-AFP emitida por el Director General del Sistema Penitenciario dirigida al Viceministro de Seguridad Pública el 27 de mayo de 2009 (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 29 a la contestación de la demanda, folios 3242 y 3243).

presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos<sup>219</sup>. Asimismo, las Reglas Mínimas establecen que “[s]e exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza”, así como que “[t]odo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite<sup>220</sup>. En consecuencia, los Estados deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para su higiene personal<sup>221</sup>.

216. El Tribunal considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna<sup>222</sup>, tales como el acceso a agua suficiente y salubre.

En 2012 se produce un nuevo caso vinculado a las poblaciones indígenas desplazadas<sup>223</sup>

183. Este Tribunal ha acreditado que las condiciones de vida en la colonia Pacux no han permitido a sus habitantes retomar sus actividades económicas tradicionales, antes bien, han tenido que participar en actividades económicas que no les permiten ingresos estables, lo cual también ha contribuido a la desintegración de la estructura social y vida cultural y espiritual de la comunidad. Asimismo, en los hechos del caso se probó que los habitantes de la colonia Pacux viven en condiciones precarias, y que necesidades básicas de salud, educación, alumbrado y agua no se encuentran plenamente satisfechas (supra párrs. 85 y 86). Por tanto, si bien Guatemala ha hecho esfuerzos por reasentar a los sobrevivientes de las masacres de la comunidad de Río Negro, no ha establecido las condiciones ni proporcionado los medios indispensables para reparar o mitigar los efectos de su desplazamiento, provocado por el propio Estado.

Finalmente en 2013 encontramos el Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica, que siguiendo la línea desarrolla el derecho al agua en relación al derecho a la integridad personal, a la vez que incluye líneas tales como derecho de circulación y residencia <sup>224</sup>

223. Las medidas de asistencia básicas proporcionadas por el Estado durante el período del desplazamiento fueron insuficientes, toda vez que las condiciones físicas y psíquicas que debieron enfrentar durante casi cuatro años no son acordes con estándares mínimos exigibles en este tipo de casos. El hacinamiento, la alimentación, el suministro y manejo del agua, así como la falta de adopción de medidas en materia de salud evidencian incumplimiento de las obligaciones estatales de protección con posterioridad al desplazamiento, con la consecuencia directa de la vulneración del derecho a la integridad personal de quienes sufrieron el desplazamiento forzado.

224. “Por ende, el Estado ha incumplido sus obligaciones de garantizar la asistencia humanitaria y un retorno seguro, en el marco del derecho de circulación y residencia, y la protección del derecho a la integridad personal, reconocidos en los artículos 22.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las comunidades del Cacarica que estuvieron en situación de desplazamiento forzado durante un período de tres a cuatro años.”

219 Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15 (2002) sobre El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), aprobada por el Comité en su 29° período de sesiones (2002), HRI/GEN/1/Rev.7, 2002, párr. 16.g) (expediente de prueba, tomo V, anexo 23 al escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 2002). Ver también, Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07), resolución sobre “El agua, la salud y los derechos humanos”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007, Puntos Resolutivos primero a tercero.

220 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977, Reglas 15 y 20(2).

221 Recientemente, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 64/292 en su 08ª sesión plenaria de 28 de julio de 2010 sobre “El derecho humano al agua y el saneamiento”, A/Res/64/292, 3 de agosto de 2010, párr. 1.

222 Cfr. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra nota 208, párr. 152; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 207, párr. 87, y Caso García Asto y Ramírez Rojas, supra nota 99, párr. 221.

223 Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250

224 Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270

## 6. El acceso a la información

La Comisión ha definido este derecho como<sup>225</sup>:

1. “El derecho de acceso a la información es una manifestación específica de la libertad de expresión protegida por el artículo 13 de la Convención Americana. Se trata de una manifestación de esta libertad que resulta particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos de gobierno, por lo cual ha recibido un alto grado de atención por la doctrina y la jurisprudencia internacional.”

Por un lado, se trata de un derecho que resulta más visible que el del derecho al agua potable y saneamiento cuando se examina el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>226</sup>. A ello se debe sumar que ha tenido un desarrollo jurisprudencial bastante más extenso que el del derecho al agua potable y saneamiento<sup>227</sup>. Finalmente también resulta importante cometa que el desarrollo de este derecho ha sido más profundo.

A mediados de la década de los ochenta, el tratamiento del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, se centró en la difusión de información. Posteriormente fue ganando espacio el concepto de control de la gestión pública.

## 7. Influencia de la Corte en las reformas constitucionales latinoamericanas

Un primer camino para determinar la influencia del Sistema Jurídico Interamericano, lo constituye el análisis de los proyectos de reforma constitucional, a los efectos de determinar si incluyen referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Para ello, hemos seleccionado como fecha clave 2006 ya que fue a partir del caso Yakye Axa Vs. Paraguay que la Corte Interamericana desarrolló su jurisprudencia. De esta forma, no hemos considerado los casos de Nicaragua, Panamá y Uruguay puesto que ocurrieron antes que se desarrollara la jurisprudencia de la Corte.

225 Informe 2009 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. [https://www.oas.org/dil/esp/acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_lineamientos\\_CIDH.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/acceso_a_la_informacion_lineamientos_CIDH.pdf)

226 En efecto, el citador artículo establece: Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

227 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Párr. 66; Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Párr. 148; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párr. 117. Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párr. 77; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Párr. 79; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Párr. 163; Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 75; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177 Párr. 53. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194 Párr. 346 y 347. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195. Párr. 116 y 375. Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194. Párr. 346 y 347 ;Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Párr. 110; Corte IDH;Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 113.; Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 párr. 149; Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219 párr. 199; Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 242; Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232 parr 170; Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240 párr. 266; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245 párr. 230.;Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258 párr. 157; Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275 párr. 217; Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285 párr. 209.

Analizados los casos de: México<sup>228</sup> Chile<sup>229</sup>, Costa Rica<sup>230</sup>, Colombia<sup>231</sup> y El Salvador<sup>232</sup> y Perú<sup>233</sup>, solo en el caso de este último encontramos influencia clara de la jurisprudencia de la Corte. México ha sido el único de los casos analizados en el que el derecho ha sido incorporado.

Ello nos lleva a concluir que existe una influencia a nivel constitucional, pero que la misma es relativamente débil.

Sin embargo, resulta interesante examinar el caso del Habeas Data. En este caso, la sentencia clave fue el caso Claude Reyes Vs. Chile de 2005, aunque a diferencia del derecho al agua, la evolución de la jurisprudencia de la Corte ha sido más gradual. Diez de las catorce Constituciones latinoamericanas analizadas lo incorporaron antes de 2005. Claramente también estamos frente a una influencia débil.

FECHA DE INCORPORACION DE INSTITUTOS A LAS CONSTITUCIONES				
Estado	Habeas Data	Artículo	Derecho al agua	Artículo
Guatemala*	1985	31		
Nicaragua*	1995	26	1995	105
Brasil	1988	5		
Colombia	1991	15		
Paraguay	1992	132		
Perú	1993	200		
Argentina	1994	43		
Bolivia	2009	130	2009	16
Ecuador	1998	66	2008	3
Venezuela	1999	28		
Panamá	2004	44	2004	114
Honduras	2013	182		
Uruguay			2004	47
República Dominicana	2010	70	2010	61
México	2009	16	2012	4

\* El acceso a datos se limita a bases de datos públicas

Fuente: elaboración de los autores

- 228 DECRETO por el que se Declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 08-02-2012). Disponible en [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FleyesBiblio%2Fproceso%2Fxi%2F203\\_DOF\\_08feb12.pdf&ei=qWlpVee5OMrdsATLsYHIAg&usg=AFQjCNEsSOISQRDbzxNhnz-PrrQitcNrUw](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FleyesBiblio%2Fproceso%2Fxi%2F203_DOF_08feb12.pdf&ei=qWlpVee5OMrdsATLsYHIAg&usg=AFQjCNEsSOISQRDbzxNhnz-PrrQitcNrUw). No menciona jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 229 Reforma constitucional que consagra el dominio público de las aguas y establece el estado de catástrofe ambiental por escasez hídrica. BOLETÍN N° 9525-07. Ingresó a la Constitución, Legislación y Justicia el 21 de agosto de 2014. Disponible en [http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9938&prmBL=9525-07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9938&prmBL=9525-07). No menciona la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 230 Ver EXPEDIENTE N.º 17.793 de 28 de julio de 2010. PROYECTO DE LEY “REFORMA DEL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA HACER DEL AGUA POTABLE UN DERECHO HUMANO”. Disponible en [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.asamblea.go.cr%2FDiputadas\\_Diputados%2FDiputada\\_mireya\\_zamora%2Fdocumentos\\_relevantes%2FREFORMA%2520AL%2520ART%2520C3%2520DCU\\_LO%252050%2520DE%2520LA%2520CONSTITUCI%2520C3%2520N%2520POL%2520C3%2520DTICA%2520PARA%2520HACER%2520DEL%2520AGUA%2520POTABLE%2520UN%2520DERECHO%2520HUMANO.pdf&ei=w1cpVYzJMOXzASC5oDACw&usg=AFQjCNEqL7OpsesUJ9KAaf5jPdQjXdiiHw&vm=bv.90491159.d.cWc](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.asamblea.go.cr%2FDiputadas_Diputados%2FDiputada_mireya_zamora%2Fdocumentos_relevantes%2FREFORMA%2520AL%2520ART%2520C3%2520DCU_LO%252050%2520DE%2520LA%2520CONSTITUCI%2520C3%2520N%2520POL%2520C3%2520DTICA%2520PARA%2520HACER%2520DEL%2520AGUA%2520POTABLE%2520UN%2520DERECHO%2520HUMANO.pdf&ei=w1cpVYzJMOXzASC5oDACw&usg=AFQjCNEqL7OpsesUJ9KAaf5jPdQjXdiiHw&vm=bv.90491159.d.cWc). Resulta importante destacar que en este caso, no existe mención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 231 TEXTO APROBADO EN PRIMER DEBATE EN LA COMISION PRIMERA DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES AL PROYECTO DE LEY No. 171 DE 2008 CÁMARA DE REPRESENTANTES “POR MEDIO DEL CUAL SE CONVOCA A UN REFERENDO CONSTITUCIONAL PARA CONSTITUCIONALIZAR LA PROTECCIÓN DEL AGUA Y OTRAS NORMAS CONCORDANTES”. Disponible en [http://www.bdlaw.com/assets/html/documents/COLOMBIA\\_-\\_Draft\\_Law\\_171\\_2008.PDF](http://www.bdlaw.com/assets/html/documents/COLOMBIA_-_Draft_Law_171_2008.PDF)
- 232 <http://rnes.sv/foro-del-agua-y-pddh-reiteran-necesidad-de-ratificar-articulo-69-sobre-derecho-humano-al-agua/>
- 233 Dictamen recaído en los Proyectos de Ley Nos 412/11-CR, 547/2011-CR, 566/1111-CR, 1386/2012-CR, 1411/12-CR, 1456/12 CR y 1518/12/CR que buscan reformar la constitución, incorporando el derecho al agua como un derecho fundamental. Ver Disponible en [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww2.congreso.gob.pe%2FSicr%2FTraDocEstProc%2FContdoc02\\_2011\\_2.nsf%2F0%2Ffc91e5e446f14cc505257bf8007e551f%2F%24FILE%2F00412DC04MAY02122013.pdf&ei=1opVcO6IM-xsATEIYB4&usg=AFQjCNGWxvcaKDBYVy5-T2Xb7ZAAEvVieg](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww2.congreso.gob.pe%2FSicr%2FTraDocEstProc%2FContdoc02_2011_2.nsf%2F0%2Ffc91e5e446f14cc505257bf8007e551f%2F%24FILE%2F00412DC04MAY02122013.pdf&ei=1opVcO6IM-xsATEIYB4&usg=AFQjCNGWxvcaKDBYVy5-T2Xb7ZAAEvVieg). en este caso si existió una clara mención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.

De hecho, es probable que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos termine teniendo más influencia en la inclusión del derecho al agua en las constituciones que en el caso del Habeas Data.

En base a ello se podría pensar en una hipótesis provisional: la función de **la Corte, más que el desarrollo de nuevos institutos, se centra en el desarrollo de los existentes** (lo que no quietaría que pueda realizar esta clase de desarrollos). A esta conclusión se llega al observar que existe un gran número de casos en forma previa al desarrollo de las sentencias claves tanto en relación al derecho al agua como al Habeas Data. La influencia principal de la Corte reside en la difusión de estos institutos.

## 8. Los desarrollos a nivel judicial

A nivel judicial, el panorama es distinto. Encontramos sentencias en diversos países que hacen referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Examinaremos dos variables relevantes. En primer lugar, se encuentra el grado en el que un instituto ha sido tratado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la segunda es el impacto que este instituto posee en los sistemas jurídicos internos. Como indicador de la primera variable, se encuentra el número de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como indicador de la segunda recurrirémos a las sentencias de derecho interno, donde se menciona la jurisprudencia de la corte Interamericana con relación al derecho a la información y al derecho al agua.

Nuestra hipótesis es que la repercusión interna de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es mayor en el caso del derecho a la información que en el caso del derecho al agua ya que ha tenido un mayor desarrollo en la propia Corte Interamericana.

Del análisis de los casos, resulta que priman los casos de acceso a la información sobre aquellos de derecho al agua. Por otra parte, en la jurisprudencia interna, también prima el acceso a la información, con mención de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al derecho al agua, como lo muestra la tabla adjunta

CITAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
Estado	Prima la jurisprudencia sobre derecho a la información
Argentina	X
Bolivia	
Chile	X
Paraguay	X
Uruguay	X
Colombia	X
México	X
Guatemala	X
Panamá	X
Brasil	X
Perú	X
Costa Rica	X

**Fuente:** elaboración de los autores

Resulta claro que predomina la influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del derecho a la información frente a la influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos relativas al derecho al agua en la jurisprudencia interna de los países de la región.

La pregunta que surge es si este predominio podría deberse al azar. Para determinar cuáles son las probabilidades de que ello ocurra, hemos recurrido a la prueba binomial. Asumimos la hipótesis que existe una probabilidad del 50% de que predomine una clase de jurisprudencia sobre la otra en cada país. Esta es la denominada hipótesis nula. Luego tenemos una hipótesis alternativa, que establece que las probabilidades

de que predomine una de las líneas de jurisprudencia no es la misma, esta es la denominada la hipótesis alternativa. Pondremos a prueba la hipótesis nula y de descartarla quedara en pie la hipótesis alternativa.

**Para ponerla a prueba, hemos recurrido a la prueba binomial. Utilizando el lenguaje R:**

```
data: 12 and 12
number of successes = 12, number of trials = 12, p-value = 0.0004883
alternative hypothesis: true probability of success is not equal to 0.5
95 percent confidence interval:
 0.7353515 1.0000000
sample estimates:
probability of success
```

De hecho, si analizamos el contenido de algunas de las sentencias, llegamos a conclusiones semejantes. Así, la sentencia de la Corte constitucional de Colombia T-740/11 de fecha 3 de octubre de 2011, hace referencia a la situación del derecho al agua en el Sistema Interamericano<sup>234</sup>.

En las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de igual modo, sólo se han podido encontrar referencias indirectas al derecho al agua, vinculándolo con el derecho a la vida. En ese sentido los casos de mayor relevancia se refieren a dos comunidades indígenas paraguayas que fueron desplazadas de sus territorios ancestrales a tierras con menos recursos naturales para su subsistencia.

La perspectiva que presenta la sentencia, es la de un derecho en desarrollo, estrechamente vinculado al derecho a la vida.

En el caso de Uruguay debe tenerse presente la Sentencia Nro. 267/12.-del Tribunal Apelaciones Civil 3ºTº de fecha 05/10/2012 <sup>235</sup>

Entonces no cabe duda que cualquier solución ha de partir del hecho no controvertido en este grado, de que las condiciones del COMCAR eran, al momento de estar recluido en él el accionante, las relatadas en los mencionados informes y tenidas por ciertas en la sentencia en recurso; a saber: hacinamiento, falta de agua potable, estado ruinoso de las celdas y de las áreas comunes (salas, baños), necesidad de efectuar las necesidades fisiológicas en presencia de otros detenidos, malas condiciones de higiene, etc.

Ello a su vez determina la clara existencia de falta de servicio, en tanto de dichas deplorables condiciones no puede sino concluirse que se violó lo dispuesto por el art.26 de la Constitución de la República y demás normas internacionales referidas en la impugnada, que integran el conjunto de derechos inherentes a la persona humana reconocidos en el art.72 de dicha Carta (a saber Art.,5 Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts.,7 y 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

Partiendo de las condiciones apuntadas en la sentencia, en los informes del Comisionado Parlamentario y del Relator de la ONU agregados, que como se viera han de considerarse hechos admitidos en este grado, resulta trasladable lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad Tobago”, de fecha 21 de junio de 2002, en que se expresara: “Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión.

En este caso, resulta clara la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho al agua, aunque en forma indirecta, a través de las condiciones de detención más que de las referencias al agua potable.

234

235 <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=128>

También resulta visible en México, asociada al igual que en el caso de Uruguay, con la situación de los detenidos<sup>236</sup>

Con base en las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, de 10 de junio de 2011, en vigor a partir del día siguiente, en términos del artículo 1o., todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. En relación con el derecho de acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, el artículo 4o. constitucional establece que el Estado lo garantizará y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los Municipios. Luego, respecto de las personas privadas de la libertad, este derecho está reconocido en instrumentos internacionales, informes y documentos de órganos autorizados como la Observación General No. 15 del Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -sobre el derecho al agua-; las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas; el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas; Comité Internacional de la Cruz Roja y Corte Interamericana de Derechos Humanos -Caso Vélez Loor vs. Panamá-. En concordancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General Número 15, de noviembre de 2002, en la que precisa que el vital líquido es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, y que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y condición previa para la realización de otros derechos humanos. En este sentido, y en correspondencia con el “principio pro persona”, conforme al cual la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, el derecho humano al agua, es aquel a disponer de la suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico; un abastecimiento adecuado es necesario para evitar la muerte, y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina e higiene personal y doméstica, lo que se logra con el abastecimiento de agua que de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos; la cantidad disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud; por lo que, el agua, las instalaciones y los servicios deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Por ello, si el agua y los servicios e instalaciones deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna, a fin de garantizar la tutela de ese derecho humano, los Estados Partes deben adoptar medidas para eliminar la discriminación cuando se prive a las personas de los medios o derechos necesarios para ejercer su derecho al agua; además, deben velar porque la asignación de los recursos de agua y las inversiones, faciliten su acceso a todos los miembros de la sociedad; pues las transformaciones no deben ser en beneficio de una fracción privilegiada de la población, sino invertirse en servicios e instalaciones que redunden a favor de un sector más amplio, conforme a una interpretación no restrictiva, atendiendo al principio pro homine, que permite acudir a una interpretación del derecho al agua acorde con los principios sustentados en la Constitución Federal y en los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales referidos, a partir de una interpretación que favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La jurisprudencia Boliviana también cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana aunque en este caso, a través de una referencia general, que se vincula claramente con la naturaleza del desarrollo fragmentario del derecho al agua a nivel interamericano.<sup>237</sup>

El derecho fundamental al agua se constituye en un derecho autónomo que vinculado al derecho de acceso a los servicios básicos, permite la configuración del derecho de acceso al agua potable (preámbulo y art. 20. I y III de la CPE), que puede vincularse o relacionarse de acuerdo al caso concreto por el principio de interdependencia (Art. 13. I de la CPE ) al derecho a la salud, a la vivienda, a una alimentación adecuados, entre otros derechos individuales que tengan que ver con un nivel de vida adecuado y digno, lo que la Constitución denomina el ‘vivir bien’ como finalidad del Estado (preámbulo y Art. 8. II d e la CPE), o lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos llama el derecho al acceso a una existencia digna.

236 Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV; Pág. 2928. I.9o.P.69 P (10a.). Amparo en revisión 158/2014. 2 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Martín Muñoz Ortiz. Disponible en [http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=100000000000&Expresion=interamericana&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=184&Epp=50&Desde=-100Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2008053&Hit=14&IDs=2008940,2008925,2008931,2008872,2008652,2008663,2008705,2008501,2008504,2008436,2008180,207981,2008049,2008053,2007639,2007364,2007426,2007427,2007428,2007253,2007090,2007189,2007048,2006647,2006472,2006482,2006483,2006497,2006417,2006225,2006165,2006237,2006179,2006180,2006181,2006306,2005917,2005794,2006058,2005616,2005525,2005526,2005533,2005477,2005731,2005657,2005682,2005698,2005425,2005296&tipoTesis=&Semana=0&tabla=](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=100000000000&Expresion=interamericana&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=184&Epp=50&Desde=-100Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2008053&Hit=14&IDs=2008940,2008925,2008931,2008872,2008652,2008663,2008705,2008501,2008504,2008436,2008180,207981,2008049,2008053,2007639,2007364,2007426,2007427,2007428,2007253,2007090,2007189,2007048,2006647,2006472,2006482,2006483,2006497,2006417,2006225,2006165,2006237,2006179,2006180,2006181,2006306,2005917,2005794,2006058,2005616,2005525,2005526,2005533,2005477,2005731,2005657,2005682,2005698,2005425,2005296&tipoTesis=&Semana=0&tabla=)

237 SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1696/2014 Sucre, 1 de septiembre de 2014 disponible en javascript:\_doPostBack('ctl00\$MainContent\$WucBuscarJurisprudencia1\$WucDatosJurisprudencia1\$GvwResoluciónBusqueda','SeleccionarResolución\$4')

En síntesis, parece existir evidencia que muestra que, si un tema ha sido tratado más por la Corte Interamericana, su grado de desarrollo en los sistemas jurídicos internos será mayor. Sin embargo, debe tenerse presente que por las características de la actividad judicial, el papel de la jurisprudencia parece estar orientado más a la difusión de los institutos que a la creación de los mismos. Es decir, tanto en el caso del derecho a la información como en el derecho al agua, los primeros desarrollos se produjeron en las Constituciones de algunos de los Estados que forman parte del Sistema Jurídico Interamericano, que luego fueron extendidos a otros Estados miembros por la Corte, a la vez que introdujo en su jurisprudencia nuevos cambios en el instituto.

## 9. Tribunales y gobernanza ambiental

La participación de las comunidades en la toma de las decisiones que las afectan es un fenómeno irreversible y estrechamente vinculado con el desarrollo de los derechos humanos. Analizando este tema en relación al derecho al agua y el saneamiento, la Relatora Especial ha llamado la atención sobre las mismas afirmando que son un derecho humano en sí mismas <sup>238</sup>

La gobernanza en materia ambiental es un tema que ha adquirido y probablemente adquiera un mayor peso en la agenda internacional. Su relación con la actividad judicial es importante, pero sus vínculos no son enteramente claros.

Existen dos formas de apreciar el problema de la actividad judicial. Ambas son complementarias. La primera consiste en sensibilizar a los jueces, buscando en primer lugar incidir en el espacio que permite el margen de discrecionalidad y en segundo lugar apuntando a facilitar la dinámica normativa al difundir las normas en materia ambiental.

Sin embargo, la verdadera clave de la dinámica normativa a nivel judicial no se ubica necesariamente en la actividad del juez, sino en la de los múltiples usuarios del sistema. En efecto, es a través del desarrollo de la jurisprudencia que se generan normas.

La participación social en el sistema judicial es un fenómeno clave para lograr un sistema normativo inclusivo, democrático, que refleje las verdaderas tendencias que afectan a una sociedad.

Es cierto que no alcanza con ellas. La participación social en el sistema de administración de justicia asegura que el sistema refleje los problemas de los usuarios pero no necesariamente que sean los criterios de buena gobernanza en materia ambiental, es decir normas que reflejen los valores necesarios para mantener el desarrollo humano en forma sostenible.

La incorporación de normas a través de otros mecanismos tales como la adopción de leyes en los parlamentos, es complementaria y permite hasta cierto punto, quizás más que por vía judicial, promover estos criterios.

En todo el proceso, debe tenerse presente que muchos de los aspectos que consideramos como “voluntarios”, pueden ser vistos como funciones de otras variables sociales que, en una media importante se encuentran más allá de la voluntad de los individuos. A modo de ejemplo podemos citar la percepción de corrupción. Si bien es cierto que se la puede combatir, no es menos cierto que vista a través de una óptica científica, se la puede considerar como una función del proceso de modernización.

El objetivo final consiste en lograr un sistema, que contemple las múltiples dimensiones de la temática ambiental, y promueva una evolución normativa que ajustándose a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado. El desarrollo de este sistema debe ser inclusivo, contemplando la participación en la elaboración de normas en pie de igualdad de todos aquellos que por sus características de voluntad y racionalidad se encuentran facultados para ello.

<sup>238</sup> A/HRC/24/44 “Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque”. En este informe la Relatora indica 76. La participación de las comunidades en la toma de decisiones es un principio de derechos humanos y un derecho humano en sí mismo. Hay quien lo considera un obstáculo por el costo y el tiempo que entraña. Sin embargo, una participación significativa es también garantía de sostenibilidad. Como han demostrado el modelo integral de proyectos de saneamiento básico rural (SABA) en el Perú o los comités de agua potable en Nicaragua, la participación de las comunidades en el diseño, la construcción, la gestión y el funcionamiento de los servicios genera una mayor predisposición a usar y pagar el agua y el saneamiento y hace arraigar mejor los hábitos higiénicos. La participación requiere oportunidades reales de influir libre y activamente en las decisiones y no debe limitarse al simple intercambio de información y a consultas superficiales (A/HRC/18/33, párrs. 68 y 69). Este proceso implica transmitir información por diversos canales, permitiendo la participación en procesos inclusivos y transparentes, procurando que los fondos se destinen como corresponde a intervenciones necesarias y reforzando la capacidad de las personas y la sociedad civil para intervenir (ibid.).

Claramente no se puede lograr solo con el sistema jurídico. El concepto de gobernanza ambiental es extremadamente amplio y para mantener una evolución equilibrada requiere por ejemplo un desarrollo humano continuo. Si se quiebra este círculo virtuoso, distintos sub sistemas legales como el sistema judicial o el legislativo, enfrentan la necesidad de impulsar agendas que no reflejan las realidades sociales y por ende producen tensiones y rupturas en las sociedades que en el largo plazo son insostenibles. No resulta lógico pensar en el cuidado del medio ambiente en sociedades extremadamente pobres o en aquellas muy polarizadas y con un número muy importante de personas viviendo en la pobreza. Solo se puede lograr a expensas de limitar libertades, lo que lo vuelve de dudosa viabilidad en el largo plazo.

## 10. El posible efecto de una opinión consultiva en el sistema interamericano

Los últimos años han mostrado el creciente uso de los tribunales internacionales en la estrategia política de los Estados. Ejemplos de ello han sido la Opiniones Consultivas sobre el uso de armas nucleares en 1995<sup>239</sup>, la Construcción de un Muro en territorio Palestino Ocupado en 2003<sup>240</sup> o la Declaración de Independencia de Kosovo en 2008<sup>241</sup>.

En materia ambiental, resulta interesante destacar la propuesta de Palau, de canalizar a través de la Asamblea General de la ONU, una Opinión Consultiva en materia de cambio climático en 2012. La iniciativa de Palau marca un intento por ampliar los espacios donde se debate el cambio climático, a la vez que sentaba bases mínimas sobre las que se conducía la negociación<sup>242</sup>.

En este contexto, la posibilidad de solicitar una opinión consultiva en el Sistema Interamericano se revela como un mecanismo que presenta interesante perspectivas para desarrollar la normativa ambiental en dicho sistema.

El objetivo de una eventual consulta debería ser el desarrollo de un derecho autónomo al agua, que unifique y fortalezca los desarrollos que se han realizado en la jurisprudencia de la Corte desde 2005 hasta la fecha. A ello probablemente resultaría de interés sumar algunas líneas directrices.

Para ello, sin duda resultaría importante tomar en cuenta las líneas jurisprudenciales que la Corte ha trabajado en forma activa, en especial la relativa a los pueblos indígenas. Una línea de particular fuerza que también podría tener un espacio en la citada opinión consultiva es la relativa a los derechos de la mujer. En efecto debe tenerse presente que desde la adopción de la Convención de Belem do Pará, esta es una línea que presenta particular fuerza. También debe tenerse presente que las dificultades de acceso al agua potable, frecuentemente afectan a la mujer, que por factores tales como la brecha de género debe hacer frente a una mayor carga del trabajo del hogar, lo que muchas veces implica el abastecimiento de agua.

Como se podrá apreciar no se trata de un enfoque estrictamente lógico, se parte de líneas jurisprudenciales que presentan relación con el tema, que asimismo muestran una importante dosis de dinamismo propio y se las busca integrar a los antecedentes relevantes para fortalecer el desarrollo del derecho al agua.

Ello no quiere decir que la lógica no tenga un espacio relevante. De hecho estas líneas jurisprudenciales deberán anclarse al tema mediante el uso de una sólida lógica. Pero el desarrollo del derecho al agua puede depender más de las líneas que se integren que del uso abstracto de la lógica.

El estado del tema en el momento actual, permite vislumbrar importantes posibilidades para consagrar el derecho. Existe jurisprudencia favorable, reciente y con continuidad, si bien es fragmentaria en su descripción del derecho. Asimismo como se ha señalado las líneas jurisprudenciales que se pueden invocar para desarrollarlo son fuertes. De hecho es altamente probable que sin la opinión consultiva la evolución de la jurisprudencia termine por consagrar en términos amplios este derecho aunque el proceso evidentemente será más lento.

239 ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=unan&case=95&k=e1&p3=0>

240 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=mwp&case=131&k=5a&p3=0>

241 Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=kos&case=141&k=21&p3=0>

242 Beck, Stuart y Burleson, Elisabeth "Inside the system, Outside the Box: Palau's pursuit of Climate Justice and Security at the United Nations" en *Transnational Environmental Law*, 3:1 (2014), pages 17-29 Cambridge University Press.

## CONCLUSIONES

El derecho al agua es un derecho en gestación que se va consolidando paulatinamente como derecho autónomo, aunque en sus orígenes, en el sistema interamericano, estuvo indisolublemente unido al derecho a la vida y a la salud. Existen pocas sentencias a nivel interamericano relativas a este derecho. Resulta interesante comparar el grado de desarrollo del derecho al agua con el del acceso a la información. Este último ha sido objeto de un mayor número de pronunciamientos judiciales e incorporado a más constituciones.

El derecho al agua ha tenido caminos paralelos pero no idénticos en el sistema universal y el regional interamericano. A nivel universal la Observación 15 lo consagra como un derecho autónomo mientras que ello aún no se ha dado en el ámbito interamericano que tradicionalmente lo vincula subordinándolo a otros derechos.

Hay un grupo de países latinoamericanos muy activos en la materia que han puesto el tema sobre el tapete, pero no se han dado las condiciones para que la Corte pueda llevar a cabo una acción homogeneizadora a nivel regional.

En el sistema interamericano se percibe el enfoque fragmentario con que surgió, en el sentido de estar referido a ciertos grupos en situaciones vulnerables y en su calidad de componente de la vida digna por oposición a su carácter de derecho autónomo aplicable a todas las categorías humanas. Asimismo en el sistema regional se plantean problemas respecto a su exigibilidad. Esto tiene relación con el Protocolo de San Salvador y los artículos 26 y 29 del Pacto de San José de Costa Rica. Al hacer la Corte una interpretación extensiva y vincularlo al derecho a la vida, evita el problema de las limitaciones sobre desarrollo progresivo que se le atribuye a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo esto tiene un costo en términos del alcance del derecho y en particular en su relación con otros derechos con los que puede entrar en conflicto, a vía de ejemplo con el derecho de propiedad.

El enfoque que se sigue hoy día, refuerza el carácter fragmentario del derecho al agua. Para poder desarrollar el derecho en forma balanceada, en especial en su relación con otros, es conveniente que se tome al agua como el centro. Algo similar se puede alcanzar a través de la formulación de opiniones consultivas, lo que presenta la ventaja de reducir las tensiones inherentes al carácter progresivo del derecho. La opinión consultiva aminora el impacto del carácter progresivo que se atribuye a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que eventualmente tendrá una incidencia en la posición que adopte la Corte al respecto.

A nivel universal, América Latina fue clave en el desarrollo del derecho al agua. A vía de ejemplo. Bolivia presentó el proyecto de resolución consagrando este derecho en el año 2010 ante la Asamblea General de Naciones Unidas y también ha sido importante el grado de difusión que ha tenido este derecho en las constituciones latinoamericanas.

¿Cuál es el papel de la Corte en ese contexto? Por un lado uniformizar y extender el derecho. Acelerar su adopción a nivel de los ordenamientos jurídicos internos, lo que todavía no ha podido lograr por la escasa jurisprudencia existente.

En materia de saneamiento y derecho al agua potable hay una diferencia sustantiva que se ve también reflejada en la jurisprudencia de la Corte, cuyo desarrollo es aún menor. En este sentido debería también recurrirse a las opiniones consultivas que permiten reforzar la dinámica del sistema.



## II. COMERCIO, INVERSIÓN Y MEDIO AMBIENTE

Para alcanzar el crecimiento económico y el desarrollo, los países del hemisferio occidental continúan apoyando la integración económica y los beneficios de la globalización, incluyendo a través del comercio. Si bien el comercio es considerado como uno de los catalizadores más importantes del desarrollo, también puede ser causa de presiones ambientales. Tendencias relacionadas con la sostenibilidad de las inversiones, los vínculos legales y de políticas con el cambio climático, el apoyo para el cumplimiento ambiental mediante el uso de instrumentos basados en el mercado y herramientas de ordenamiento, así como los desafíos en las evaluaciones de impacto ambiental son analizadas en los extractos presentados bajo este sub tema para informar el proceso de toma de decisiones desde la esfera nacional a la global.

## 2.1 Flexibilizando las Reglas: La Legislación Ambiental en tiempos de desaceleración y Crisis Económica

Martha Aldana



*Legislación ambiental, Permisos ambientales, Fiscalización ambiental.*

*Si bien en los últimos 20 años la gestión ambiental peruana ha estado encaminada hacia el fortalecimiento del Sector Ambiente, desde el año 2014 se han propuesto y se vienen implementando regulaciones que flexibilizan la gestión ambiental peruana. El artículo inicia presentando la evolución de la legislación ambiental peruana con énfasis en evaluación de impacto ambiental y fiscalización ambiental. Con este marco, se describen las nuevas regulaciones en estas materias. Se da énfasis a las nuevas normas en materia de fiscalización ambiental subrayándose que ya en el año 2013 se habían venido dando regulaciones que buscaban un equilibrio entre la protección ambiental y la promoción de la inversión. Sin embargo, la Ley N°30230 del año 2014, ha establecido un régimen que no genera incentivos para el cumplimiento de la normativa ambiental sino que más bien propicia los incumplimientos. Por último, se presentan casos de resoluciones emitidas en procedimientos administrativos sancionadores en las que se pone en práctica este nuevo enfoque que flexibiliza la fiscalización ambiental con lo cual se demostraría que se está poniendo en riesgo la calidad del ambiente y los derechos ambientales de las personas.*

### INTRODUCCIÓN

El estado de la economía mundial tiene impacto directo en la gestión ambiental tanto en países desarrollados como en los de la región latinoamericana. En efecto, la economía mundial, regional y, particularmente, la peruana viene sufriendo una desaceleración que tiene incidencia directa en el contenido y enfoques de la legislación ambiental.

Como dicen los expertos “Lo que ha experimentado el Perú en el 2014 es lo que también ha sucedido en el frente latinoamericano. Hemos enfrentado un proceso de desaceleración que es entendible en el panorama actual, producto de la crisis financiera internacional”<sup>243</sup>.

Ante esa realidad y buscando paliar el peligro de que la economía no pueda seguir creciendo como lo ha venido haciendo en los últimos años, se ve en la gestión ambiental un medio para disminuir la agudeza del problema y asegurar que la temática ambiental no sea un obstáculo para el crecimiento de la inversión.

En el presente artículo se analiza esta tendencia hemisférica de promoción de la inversión aplicado al ámbito de la gestión ambiental peruana.

Para tales efectos, se presentan los principales hitos de la historia de la legislación e institucionalidad ambiental peruana en materia de evaluación de impacto ambiental y de fiscalización ambiental. Con este marco inicial, se presentan las principales medidas que se vienen proponiendo e implementando con el objeto de flexibilizar la gestión ambiental en estas materias. Por último presentaremos cómo la implementación práctica de esta normativa ambiental, particularmente en materia de fiscalización ambiental, refleja esta tendencia en la actualidad.

## 1. UNA BREVE HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL PERUANA

La legislación ambiental peruana tiene su partida de nacimiento en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales aprobado mediante Decreto Legislativo N°613, del mes de setiembre de 1990.

Antes de esta norma, en el país, se contaba con ciertas normas que regulaban las áreas naturales protegidas, los recursos naturales y el saneamiento ambiental pero no se habían establecido reglas aplicables para prevenir y controlar el impacto ambiental de las actividades económicas, y tampoco.

### 1.1. En materia de evaluación de impacto ambiental

Entre sus principales novedades, el Código del Medio Ambiente del año 1990 estableció el mandato para elaborar Estudios de Impacto Ambiental (EIA)<sup>244</sup> los cuales debían ser elaborados por entidades debidamente registradas.

Su aprobación generó, en su momento, críticas por el peligro que podía significar para las inversiones que se aprobara. En este contexto, dentro de un conjunto de normas de promoción de la inversión que se dieron al año siguiente, en 1991, se modificaron o derogaron una buena parte de las disposiciones del Código. Entre estos cambios, se asignaron competencias ambientales a las autoridades sectoriales; esto es, a los ministerios correspondientes a los sectores productivos, extractivos y de servicios existentes cuya principal y natural prioridad era, y es, la promoción de la inversión más no así su fiscalización y control.

Así a partir del año 1993, con la aprobación del reglamento de protección ambiental para las actividades mineras, se inicia la regulación ambiental basada en el esquema sectorial ya establecido. En este marco, se emitieron las primeras normas ambientales sectoriales correspondientes a las actividades de hidrocarburos (1993), electricidad (1994), industria manufacturera (1997) y pesquería (1999). Estas normas desarrollaron la regulación sectorial de la evaluación de impacto ambiental, comprendiendo las reglas aplicables a los procedimientos de revisión y aprobación de los estudios de impacto ambiental (a cargo de las autoridades ambientales sectoriales<sup>245</sup>), la participación ciudadana y, en menor medida, incluyeron regulaciones sobre las consecuencias ambientales del desarrollo de estas actividades. A su vez, a nivel organizacional se establecieron oficinas especializadas (con diversos rangos jerárquicos) dentro de los diferentes ministerios las cuales fueron creadas con la tarea de implementar las regulaciones ambientales sectoriales que se venían dando.

Ante la dispersión normativa e institucional, en el año 2001 se aprobó la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA<sup>246</sup> como un sistema que buscó ordenar y homogenizar la regulación sobre este instrumento de gestión ambiental preventivo. Sin embargo, esta propia norma sujetó la vigencia de su aplicación a la aprobación de su reglamento señalándose que en tanto esta norma no se apruebe seguirían aplicándose las regulaciones ambientales sectoriales antes señaladas.

Con la creación del Ministerio del Ambiente (MINAM)<sup>247</sup> en el mes de mayo del 2008 se abrió un nuevo capítulo no sólo en la institucionalidad sino también en la legislación ambiental peruana. Como muestra de ello, en junio del año 2008 se modificaron diversos artículos de la Ley del SEIA<sup>248</sup>. A su vez, en setiembre del 2009 se logró (luego de ocho años de vigencia de la Ley) la aprobación del Reglamento de la Ley del SEIA mediante Decreto Supremo N°019-2009-MINAM.

244 En el libro “La Evaluación del Impacto Ambiental en el Perú” (Sociedad Nacional del Ambiente. Lima, 2000) , Manuel Pulgar-Vidal, actual Ministro del Ambiente del Perú, formula una crítica al énfasis que le dio el Código del Medio Ambiente al EIA como documento dejándose de lado el enfoque de una evaluación de impacto ambiental como proceso.

245 Inicialmente, la normativa en materia de EIA establecía únicamente competencias del nivel nacional gobierno en la aprobación de EIA. A partir del año 2008, con el Decreto Legislativo N°1078 se modifica esta normativa para señalar que los gobiernos regionales y los gobiernos regionales también podían asumir dicha competencia en el marco del proceso de transferencia de funciones que se regula por las normas de descentralización. En el caso del Sector Minero Energético, a partir del Plan Anual de Transferencias Sectoriales del año 2004 ya se había iniciado el proceso de transferencia de esta función a los gobiernos regionales para la aprobación de actividades de menor envergadura como son las actividades de pequeña minería y minería artesanal.

246 Ley N°27446, del 23 de abril del 2001.

247 El organismo antecesor del Ministerio del Ambiente fue el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) creado en el año 1994 como un organismo coordinador en el ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros.

248 Decreto Legislativo 1078. Esta norma incluyó la derogatoria de la disposición que sujetaba la vigencia de la Ley del SEIA a la aprobación de su reglamento.

Este Reglamento estableció el mandato para que se emitan reglamentos ambientales sectoriales adecuados a las nuevas reglas del SEIA para los sectores (ministerios) sin normas ambientales o que se actualicen los reglamentos ambientales ya existentes. Estos nuevos reglamentos requieren contar con la opinión previa favorable del MINAM de acuerdo a la modificatoria de la Ley del SEIA del año 2008.

En el primer caso, referido a los sectores que no contaban con regulaciones ambientales, fueron los sectores vivienda (setiembre 2012) y agricultura (noviembre 2012) quienes, a la fecha, han cumplido con emitir sus reglamentos ambientales sectoriales.

En el caso de la actualización de reglamentos ambientales existentes adecuados al Reglamento de la Ley del SEIA, se ha logrado la aprobación actualización de los nuevos reglamentos ambientales de minería y de hidrocarburos (ambos en noviembre de 2014), y de industria manufacturera (junio de 2015). El MINAM espera culminar prontamente con el proceso de adecuación normativa sectorial lo cual ha sido establecido como una de las metas de la AgendAmbiente 2015 - 2016<sup>249</sup>.

Un hito importante en el ámbito de la evaluación de impacto ambiental peruana ha sido la creación de una autoridad al interior del Sector Ambiente con el encargo de revisar y aprobar los EIA<sup>250</sup> que, como hemos indicado, ha venido siendo tarea a cargo de las autoridades ambientales de los sectores. Esta nueva autoridad es el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE).

El consenso para lograr que sea el Sector Ambiente el que asuma esta importante función fue alcanzado con la participación de todos los sectores involucrados y se plasmó en un Informe que fue publicado en octubre de 2014<sup>251</sup>. De hecho, un detonante para este cambio en el esquema institucional en materia de evaluación de impacto ambiental estuvo relacionado con los conflictos socio ambientales que se dieron en el país en el año 2011 y que llevaron a que un proyecto minero de gran importancia económica<sup>252</sup> no se haya ejecutado hasta la actualidad e incluso llevó a la caída de un gabinete de ministros.

El SENACE es una institución nueva que está en proceso de implementación preparándose para asumir, progresivamente, las competencias en evaluación de impacto ambiental actualmente, todavía, a cargo de los sectores. Ya se ha aprobado el cronograma de transferencia de funciones que comprende los ocho sectores que ejercen estas funciones y comprende un período de tiempo que va desde este año (2015) hasta el 2020<sup>253</sup>.

## 1.2. En materia de fiscalización ambiental

La fiscalización ambiental peruana tiene una historia algo similar. En el año 1992, se dicta la primera regulación en materia de fiscalización ambiental. Esta norma<sup>254</sup>, estableció la figura de las empresas de auditoría e inspectoría que debían ser registradas en el Ministerio de Energía y Minas (MEM), y debían ser contratadas por los titulares de las actividades mineras, de electricidad y de hidrocarburos para la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales aplicables a estas actividades. A su vez, se señaló que ningún funcionario del MEM podía realizar visitas inspectivas a las instalaciones de estas actividades productivas, salvo que se tratara de casos de emergencias. En esta etapa, la fiscalización ambiental peruana estuvo sujeta a posibles conflictos de intereses debido a la relación contractual existente entre el titular de la actividad y la entidad fiscalizadora.

En una siguiente etapa, se dieron diversos cambios en la institucionalidad aplicable al ámbito de la fiscalización ambiental que se tradujeron en la creación de un organismo autónomo a cargo de estas funciones, primero asumiendo la fiscalización en el ámbito energético (1996)<sup>255</sup> y luego en el ámbito minero (2007)<sup>256</sup>. Sin embargo, en la medida en la que ya se había creado, en el año 2008, el Ministerio del Ambiente (MINAM), era una de las demandas ciudadanas que sea esta la autoridad a cargo de la fiscalización ambiental. Por esa razón, en la norma de creación del MINAM también se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como organismo adscrito a este ministerio. El OEFA comienza a asumir

249 Ministerio del Ambiente. AgendAmbiente 2015-2016. Resultado 34. Producto 354.1 Reglamentos, mecanismos y dispositivos legales y técnicos uniformizados y adecuados al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

250 En particular, el SENACE de acuerdo a su ley de creación estará a cargo de la revisión y aprobación de la categoría de EIA para las actividades que generan impactos ambientales significativos, denominados Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d). Existe un Proyecto de Ley que también le otorgaría esa facultad para los EIA que se elaboran para proyectos con impacto ambiental moderado, que son denominados EIA semidetallados (EIA-sd).

251 Informe de la Comisión Multisectorial creada por Resolución Suprema N°189-2012-PCM. Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18. 10.12

252 Nos referimos al Proyecto Minero Conga, en la región Cajamarca, que comprendía una inversión de 4,800 millones de dólares.

253 Decreto Supremo N°006-2015-MINAM. Aprueban el Cronograma de Transferencia de Funciones de las Autoridades Sectoriales al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE en el marco de la Ley N°29968.

254 Decreto Ley N° 25763

255 Inicialmente esta autoridad estuvo bajo el ámbito del Ministerio de Energía y Minas (diciembre de 1996), pero esto cambio prontamente. En febrero de 1998, el Organismo Supervisor de Inversiones en Energía (OSINERG) pasó al ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros.

256 OSINERG pasó a ser OSINERGMIN cuando se asumieron las funciones de fiscalización minera.

competencias en materia de fiscalización ambiental para las actividades mineras (mediana y gran minería) en el 2010, habiendo posteriormente asumido tales funciones para las actividades energéticas (2011), pesqueras y acuícolas (2012) e industriales (2013)<sup>257</sup>. Se espera que continúe, progresivamente, asumiendo las competencias sectoriales de fiscalización ambiental del nivel nacional de gobierno.

En el 2013, a su vez, se aprueba una ley que buscó el fortalecimiento de la fiscalización ambiental a través de regulaciones que, por un lado, triplicaron el tope de multas aplicables y, por el otro lado, establecieron la viabilidad legal de permitir la subsanación de incumplimientos de obligaciones ambientales siempre y cuando no se hayan generado riesgos ambientales o de salud<sup>258</sup>.

Con este enfoque se buscaba promover una fiscalización equilibrada que, por un lado, propicie el cumplimiento a través de la disuasión que significa contar con multas severas y, por el otro lado, promueva el cumplimiento de las obligaciones de parte de los titulares de actividades económicas. La política de la promoción y la sanción de los titulares de actividades económicas aparecía como integrada en un equilibrio razonable para el logro de los objetivos de protección ambiental, incluida la protección de los derechos ambientales de los ciudadanos.

Ambas historias, tanto la de la evaluación y como la de la fiscalización ambiental, son historias paralelas que apuntan a lograr una mayor consolidación del Sector Ambiente frente a la fuerza que tienen las autoridades sectoriales en su rol de promoción de las inversiones. Sin embargo, si bien se podría señalar que la tendencia tanto de la legislación como de la institucionalidad estaba enfocada en el fortalecimiento del Sector Ambiente, la desaceleración económica en la que actualmente se encuentra no sólo el país sino la región entera está haciendo que la gestión ambiental peruana entre en una nueva etapa, la era de la flexibilización de las regulaciones ambientales como una respuesta ante la necesidad de promover la inversión.

## 2. La flexibilización ambiental en temas de EIA

La principal preocupación empresarial en los procedimientos administrativos de evaluación de impacto ambiental está referida a las posibles demoras en su tramitación. En un estudio elaborado por la Dirección de Gestión Estratégica del SENACE se señala que estos procedimientos llegan a demorar hasta cuatro veces más el plazo legal establecido<sup>259</sup>; incluyendo las demoras derivadas de la emisión de opiniones técnicas por parte de autoridades que participan en calidad de opinadores en estos procedimientos<sup>260</sup>.

Las normas dadas en el marco de la nueva tendencia de promoción de inversiones, buscaron reducir los plazos por mandato legal. Así, por ejemplo, del plazo que se le otorga a las entidades que participan en el procedimiento de evaluación ambiental en su calidad de autoridades competentes en temas de recursos hídricos o áreas naturales protegidas fue reducido de 50 a 30 días<sup>261</sup>. Esto fue posteriormente regulado en la norma con rango de ley<sup>262</sup> que se dictó con la finalidad de promover inversiones en el año 2014.

De hecho, las demoras en plazos de atención a expedientes no se solucionan con normas que acorten plazos sin analizar las razones que originan tales demoras. Por ello, con la creación del SENACE se viene impulsando la implementación de mecanismos de gobierno electrónico como es la Ventanilla Única de Certificación Ambiental que busca asegurar una mayor rapidez en el atención de expedientes de evaluación de impacto ambiental (o certificación ambiental como se le denomina en el Perú) y, así mismo, la posibilidad de tramitar más de una permiso ambiental a la vez<sup>263</sup>.

257 A la fecha ha asumido funciones para cuatro actividades de la industria manufacturera: cemento, cerveza, papel y curtiembres.  
258 Ley 30011, Ley que modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 11.- Funciones generales (...)  
b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas. La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente. Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en el párrafo anterior. (el resaltado es nuestro).  
259 El plazo legal establecido para la tramitación de estos procedimientos es de 120 días hábiles.  
260 Dirección de Gestión Estratégica. Análisis de la aplicación de los plazos en la tramitación de expedientes de certificación ambiental en el sector minero energético (años 2013-2014). A su vez, este estudio señala que del tiempo promedio que se utiliza para la emisión de opiniones técnicas en los procedimientos de revisión y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental un 36%, en promedio, es utilizado en los actos de mera notificación de documentos entre las autoridades intervinientes y entre la autoridad ambiental competente y el administrado.  
261 Decreto Supremo N°060-2013-PCM. Aprueban disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar proyectos de inversión pública y privada. Artículo 3.  
262 Ley N°30230. Artículo 21.  
263 Nos referimos al Proyecto de Ley N°3941 que propone la denominada "Certificación Ambiental Integrada" a través de la cual se expedirían con juntamente la certificación ambiental y un conjunto de otros 12 permisos ambientales que voluntariamente el administrado solicite que se puedan tramitar conjuntamente.

A su vez, considerando que una parte importante de las observaciones que se formulan en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales se encuentran referidas a lo que se señala en el estudio de línea base de los EIA, se ha establecido la figura de la supervisión o acompañamiento en el proceso de elaboración del estudio a través de la cual la autoridad a cargo de la certificación ambiental (revisión y aprobación del EIA) buscará asegurar que en esta etapa se realice el adecuado levantamiento de la información necesaria para la elaboración de la línea base<sup>264</sup>. De esta manera se busca evitar las demoras y el costo que significa subsanar, durante el procedimiento de aprobación del estudio, observaciones relacionadas al levantamiento de información de campo. La reglamentación en esta materia está en proceso de aprobación.

Una medida de promoción de inversiones en materia de evaluación de impacto ambiental que se ha planteado recientemente en el Perú es la referida al “uso compartido del estudio de línea base”. En efecto en la Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible del mes de mayo de 2015, se señala que el titular de un proyecto de inversión puede optar por el uso compartido de la información de la línea base de un EIA<sup>265</sup> previamente aprobado por la autoridad competente, pudiendo utilizarse la línea base de proyectos de cualquier sector económico con una antigüedad no mayor de 5 años siendo que en caso se determine que existe variación con la información contenida en la línea base, la autoridad puede solicitar la actualización o complementación de lo señalado en dicho estudio.

En estos casos, la línea base preexistente constituiría la línea base del nuevo proyecto de inversión. De esta manera, el titular evitaría asumir el costo de elaboración del estudio de línea base con el consecuente ahorro de tiempo pero, a su vez, con el consecuente peligro de que ello conlleve a que estudios ambientales que hayan sido elaborados con el enfoque de un determinado proyecto para un determinado sector puedan ser utilizados en la evaluación ambiental de otros, desnaturalizando el objetivo del levantamiento de los estudios de línea base que no es el de realizar inventarios de recursos naturales sino el conocimiento de las principales características de una determinada área en relación a los factores ambientales que pudieran ser afectados por un proyecto en particular.

### 3. La flexibilización ambiental en temas de fiscalización ambiental

En el caso de la fiscalización ambiental la normativa de promoción de inversiones de los últimos tiempos ha sido más agresiva. En efecto, en el mes de julio de 2014 se dictó una norma (La Ley N°30230) que estableció un régimen sancionador excepcional sustituyendo el régimen vigente que buscaba el, entonces vigente, régimen de equilibrio entre sanciones y promoción del cumplimiento por uno de carácter preventivo, promocional y educativo de la fiscalización ambiental. En efecto, la Ley N°30230 señaló, en su Artículo 19, que en un plazo de tres años a partir de su vigencia, el OEFA privilegiará acciones orientadas a la prevención y corrección de las conductas infractoras en materia ambiental.

De acuerdo a lo establecido en esta norma, durante los siguientes tres años, el OEFA tramitará procedimientos a través de los cuales no se impondrán sanciones sino que se ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora. En caso se verifique el cumplimiento de la medida correctiva el procedimiento concluirá. Si no se cumple la medida correctiva, recién entonces, el OEFA estará habilitado para imponer la sanción respectiva. Las multas, en tales casos, no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar. A su vez, la Ley señala que esta regla, de la multa con descuento, no es aplicable en los siguientes casos:

- infracciones muy graves que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas.
- actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o autorización de inicio de operaciones o en zonas prohibidas.
- reincidencia, considerándose como tal la comisión de la misma infracción en un período de 6 meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

Estos tres casos, de acuerdo a lo señalado en la Ley N°30230, son los casos en los cuales el infractor que no hubiere cumplido con implementar la medida correctiva no merecerá el descuento del 50% en la multa a imponerse. Sin embargo, cuando el OEFA emitió una norma reglamentaria de este artículo<sup>266</sup> modificó el sentido de lo regulado en la Ley N°30230. En efecto, la norma reglamentaria del OEFA señala que si se

264 Esta función se encuentra regulada en la Ley de creación del SENACE, Ley N°29668. Primera Disposición Complementaria Final. También se encuentra regulada en la legislación ambiental sectorial minera comprendiendo no sólo el acompañamiento en la elaboración de la línea base del EIA sino en el desarrollo de todo el estudio.

265 Este proyecto normativo refiere que esta disposición sería aplicable para Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) y Estudios de Impacto Ambiental semidetallados (EIA-sd).

266 Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N°026-2014-OEFA/CD del 24 de julio de 2014.

verifica la existencia de infracción administrativa en alguno de los supuestos antes señalados corresponderá, directamente, imponer la multa sin la reducción del 50% del monto de la multa aplicable, sin perjuicio de la imposición de medidas correctivas<sup>267</sup>.

Las normas reglamentarias para ser sólidas, y que no sean objeto de posible discusión en el ámbito judicial, deben ser consistentes con las leyes que estas pretenden reglamentar. Este caso, por el contrario, la norma reglamentaria del OEFA claramente excede el mandato legal lo cual podría generar cuestionamientos legales que no favorecen el rol incuestionable que debe tener la autoridad fiscalizadora.

Ello no significa, en modo alguno, que concordemos con la regla establecida por el indicado Artículo 19 de la Ley N°30230. Lo que sostenemos es que la normativa con la que, antes de la aprobación de esta norma, ya se contaba en esta materia propiciaba una regulación equilibrada, no extrema, en materia de fiscalización ambiental.

Ahora con el nuevo régimen establecido por el indicado Artículo 19 se elimina el efecto disuasivo que debe tener todo régimen sancionatorio en la medida que el administrado tendrá conocimiento que todo primer incumplimiento no será objeto de sanción sino de corrección, o advertencia educativa en relación a su falta, lo cual conllevará a propiciar el incumplimiento de las normas.

No obstante, ello no podría conducirnos a sostener que sea legalmente viable que mediante una norma reglamentaria como la emitida por OEFA se pueda sustituir el régimen establecido en una norma con rango de ley.

Adicionalmente, luego de la emisión del nuevo régimen introducido con el indicado artículo 19, el OEFA ha venido emitiendo una serie de normas con un claro enfoque promotor de los derechos del administrado y de sus buenas prácticas más que de la fiscalización de las inconductas en los que éstos pueden incurrir<sup>268</sup>.

Regresando a la etapa anterior del fortalecimiento de la fiscalización ambiental, cabe subrayar que, entre las normas reglamentarias que se habían emitido antes de la Ley N°30230, el OEFA para propiciar el equilibrio en la fiscalización ambiental, por ejemplo, ya se había establecido la aplicación del principio de no confiscatoriedad, al disponerse que la multa a ser aplicada no deberá ser mayor al 10% del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción<sup>269</sup>, y a su vez se había regulado que las sanciones a imponerse pueden ser tanto sanciones monetarias como no monetarias, esto es, amonestaciones aplicables por incumplimientos de menor gravedad<sup>270</sup>. A su vez, el OEFA ya contaba con una metodología para la graduación de sanciones elaborada bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>271</sup>, que busca dar objetividad y predictibilidad en la determinación de la multa aplicable.

El Manual explicativo de esta metodología para cálculo de multas señalaba expresamente lo siguiente:

“...la determinación de las sanciones a imponer a los administrados tiene principalmente tres objetivos: i) desincentivar la realización de infracciones a la legislación ambiental; ii) brindar un tratamiento equitativo y razonable a los administrados; y, iii) garantizar la resolución expeditiva de los problemas ambientales.

El primer y principal objetivo (desincentivo) es que las sanciones aplicadas disuadan al infractor de volver a incurrir en la misma conducta nuevamente (desincentivo específico) y que, al mismo tiempo, disuadan al resto de administrados de incurrir en una conducta similar (desincentivo general).

267 A su vez, esta norma reglamentaria estableció reglas complementarias como es la que señala que la regulación contenida en la Ley N°30230 no enerva las facultades de esta actividad de imponer otras medidas administrativas diferentes a las medidas correctivas, así mismo se faculta la intervención de cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo como tercero interesado en los procedimientos sancionadores a cargo del OEFA.

268 Entre estas normas se han emitido las siguientes:

- Reglamento del Registro de Buenas Prácticas Ambientales del OEFA. Resolución de Consejo Directivo N° 034-2014-OEFA/CD.
- Reglamento del Régimen de Incentivos en el ámbito de la fiscalización ambiental a cargo del OEFA. Resolución de Consejo Directivo N° 040-2014-OEFA/CD
- Guía de Derechos del Supervisado. Resolución de Consejo Directivo N° 037-2014-OEFA/CD.
- Reglas para la atención de quejas por defectos de tramitación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. Resolución de Consejo Directivo N° 009-2015-OEFA/CD.

269 Reglas Generales para el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Resolución de Consejo Directivo N°038-2013-OEFA/CD, Décimo Tercera Regla.

270 Reglas Generales para el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Resolución de Consejo Directivo N°038-2013-OEFA/CD, Séptima Regla.

271 Metodología para el Cálculo de Multas Base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones. Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N°035-2013-OEFA/PCD.

Para que una sanción - en particular, una multa – cumpla efectivamente con desincentivar las conductas que se consideran perjudiciales, resulta necesario que tanto el infractor como el público en general asuman que la sanción colocará a los infractores en una posición peor que la situación en la que estarían si no hubieran cometido la infracción”.

Estas reglas fueron adoptadas por el OEFA tomando como referencia expresa lo dispuesto en las políticas de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>272</sup>, las que constituyen el estándar internacional en materia de imposición de sanciones. En efecto, las multas para ser efectivas, deben ser disuasivas.

OEFA, a su vez, había cumplido con emitir el reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia<sup>273</sup> donde se detallaron las conductas que calificarían como hallazgos de menor trascendencia y son las que se señalan a continuación:

<b>I. Referidos a la remisión de información</b>		
<b>I.1</b> No presentar el Reporte o Informe de Monitoreo Ambiental en el plazo establecido, o presentarlo en forma incompleta y/o modo distinto al solicitado.	<b>I.2</b> No presentar el Plan de Manejo de Residuos Sólidos en el plazo establecido, o presentarlo de forma incompleta y/o modo distinto al solicitado.	<b>I.3</b> No presentar el Manifiesto de Manejo de Residuos Sólidos Peligrosos en el plazo establecido, o presentarlo de forma incompleta y/o modo distinto al solicitado.
<b>I.4</b> No presentar la Declaración de Manejo de Residuos Sólidos en el plazo establecido, o presentarla de forma incompleta y/o modo distinto al solicitado.	<b>I.5</b> No presentar el Informe Ambiental Anual o Informe Anual de Gestión Ambiental en el plazo establecido, o presentarlo de forma incompleta y/o modo distinto al solicitado.	<b>I.6</b> No presentar otra información o documentación requerida por la Entidad de Fiscalización Ambiental en el plazo establecido, o presentarla de forma incompleta y/o modo distinto al solicitado.
<b>II. Referidos a la gestión y manejo de residuos sólidos y materiales no peligrosos</b>		
<b>II.1</b> No segregar los residuos no peligrosos o segregarlos incorrectamente.	<b>II.2</b> No señalar los sitios de almacenamiento, o señalarlos de manera inadecuada.	<b>II.3</b> No mantener los contenedores de materiales no peligrosos.
<b>II.4</b> No rotular los contenedores de materiales no peligrosos.	<b>II.5</b> Almacenar temporalmente contenedores vacíos en terrenos abiertos o en áreas no contempladas en la normativa.	<b>II.6</b> Disponer inadecuadamente los residuos no peligrosos.
<b>II. Referidos a la gestión y manejo de residuos sólidos y materiales no peligrosos</b>		
<b>III.1</b> Incumplir los compromisos ambientales previstos en el Instrumento de Gestión Ambiental, relativos al almacenamiento de residuos sólidos no peligrosos o identificación de contenedores de residuos.	<b>III.2</b> Disponer temporalmente de los residuos en forma distinta a la establecida en el Instrumento de Gestión Ambiental por motivos de obras, limpieza o cambio de equipos.	<b>III.3</b> Almacenar temporalmente contenedores vacíos en áreas no contempladas en el Instrumento de Gestión Ambiental.

Por tanto, el OEFA ya contaba con un marco normativo que buscaba darle mayor racionalidad a la intervención de la autoridad de fiscalización ambiental y reglamentaba lo dispuesto en la Ley N°30011 que modificó la Ley del SINEFA incluyendo la figura de la subsanación voluntaria pero acotando la aplicación de esta herramienta a los incumplimientos menores que no significaran riesgos ambientales.

272 United States Environmental Protection Agency. Policy on Civil Penalties. EPA General Enforcement Policy # GM – 21- Febrero de 1984, pp. 3- 6. Citado por OEFA en el Manual explicativo de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones.

273 Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia. Resolución de Consejo Directivo N°046-2013-OEFA/CD.

En el listado de las infracciones subsanables, por ejemplo, se incluyeron los hallazgos referidos a la no entrega de información, su entrega incompleta o en modo distinto a lo solicitado así como al manejo de residuos sólidos pero acotándose únicamente a los residuos no peligrosos. Por tanto, no todos los incumplimientos eran legalmente subsanables sino únicamente aquéllos de menor magnitud y menor riesgo ambiental.

En esta regulación del OEFA, a su vez, se establecía los casos en los que la subsanación de las infracciones no era legalmente viable siendo éstos los siguientes:

- a) Cuando la conducta susceptible de ser calificada como un hallazgo de menor trascendencia obstaculice el ejercicio de la función de supervisión directa por parte del OEFA.
- b) Cuando el administrado haya realizado anteriormente una conducta similar al hallazgo de menor trascendencia detectado.
- c) Cuando la conducta esté referida a la remisión de Reportes de Emergencias Ambientales.

Con lo indicado se demuestra que cuando se expidió la Ley N°30230 (abril del 2014), el OEFA ya contaba con un marco legal que buscaba una intervención equilibrada, racional y predecible en materia de fiscalización ambiental. Entenderíamos que con esta Ley lo que se buscó fue dar una señal política a los inversionistas en el sentido de que lo que busca la fiscalización ambiental es lograr el cumplimiento de la normativa ambiental y que ello se logra a través de la imposición de medidas correctivas más no así a través de la imposición de sanciones. En efecto, algunas medidas correctivas tienen un mayor efecto disuasivo que las propias sanciones como podría ser el caso de una medida de cierre temporal de un pozo para la extracción de hidrocarburos debido a la contaminación que este pudiera estar generando. Pero ello no es siempre aplicable, y como veremos en los ejemplos que presentamos más adelante, las medidas correctivas no generan el efecto que se esperaba o, simplemente, éstas no se dictan, generándose una mala señal para el ambiente de cumplimiento que debería propiciarse.

A su vez, en la norma reglamentaria del OEFA se ha establecido que si el administrado subsana la infracción no resulta pertinente el dictado de la medida correctiva en cuyo caso la autoridad se limitará únicamente a declarar la existencia de responsabilidad administrativa lo cual será tomado en cuenta para determinar la reincidencia en futuros procedimientos sancionadores<sup>274</sup>.

El problema radica allí entonces, el régimen legal sancionador ambiental en el Perú ahora no genera desincentivos para cometer conductas infractoras. Todo lo contrario, ahora hay incentivos para incumplir en tanto el administrado sabrá que tendrá la oportunidad de poder subsanar el hecho y por tanto, haciendo un análisis costo beneficio, le resultará más beneficioso incumplir y, si se detectara su infracción, subsanará el incumplimiento en lugar de cumplir en primera instancia con sus obligaciones por el efecto disuasivo general que se origina en la existencia de una posible sanción aplicable.

Esta situación, a nuestro parecer, trasgrede los principios de prevención y sostenibilidad establecidos en la Ley General del Ambiente<sup>275</sup> y, sobre todo, el principio de autoridad en materia de fiscalización ambiental.

#### 4. Consecuencias prácticas de la flexibilización

Dado que la flexibilización que hemos señalado anteriormente en materia de evaluación de impacto ambiental no ha sido todavía aprobada no podríamos presentar casos prácticos en esta materia.

En cambio, en materia de fiscalización ambiental sí podemos encontrar información que revela el estado actual de las cosas. Para tales efectos, hemos tomado una fecha en particular, que es el último día hábil del año, para analizar las resoluciones emitidas por la autoridad competente para resolver en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores ambientales (esto es, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos – DFSAI del OEFA) en los años 2013 y 2014 a efectos de analizar el sentido de las resoluciones emitidas en ambas fechas; cuyo resultado presentamos a continuación:

274 Resolución de Consejo Directivo N°026-2014-OEFA/CD. Normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el artículo 19° de la Ley N°30230- Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Artículo 2.2

275 Ley General del Ambiente. Ley N°28611 Título Preliminar Derechos y Principios Artículo VI.- Del Principio de prevención La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan. Artículo V.- Del Principio de sostenibilidad. La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Resoluciones de primera instancia emitidas el último día hábil del año	Número total de soluciones emitidas	Resoluciones de archivo	Resoluciones de sanción	Resoluciones que solo determinan responsabilidad administrativa	Medidas correctivas impuestas
2013: 27.12.13	20	5	15	-	-
2014: 31.12.14	30	18	-	12	7

Como puede verse en el cuadro, en el año 2013, el último día hábil del año, se emitieron 15 resoluciones de sanción. Estas sanciones, de acuerdo a lo señalado en las propias resoluciones comprendían sanciones de multa que iban desde las 2 UIT (US\$ 2,500 aproximadamente) hasta 333 UIT (US\$ 420,000 aproximadamente). A su vez, dentro de las sanciones emitidas se impusieron 3 resoluciones que dispusieron días de suspensión de operaciones en el caso de actividades pesqueras. No se emitieron medidas correctivas.

En el año 2014, como puede verse en el cuadro, no se impusieron sanciones de multa (o amonestación) siendo que se emitieron 12 resoluciones que declaraban responsabilidad administrativa, aparte de las resoluciones de archivo. De las 12 resoluciones indicadas, 7 comprendieron también medidas correctivas y por tanto en 5 resoluciones no se estableció la obligación de implementar tales medidas.

Por tanto, en una misma fecha en dos diferentes años, se pasó de la emisión de sanciones a la emisión de resoluciones que no sancionan sino que únicamente declaran que el administrado es legalmente responsable por la infracción cometida sin generarse mayores consecuencias jurídicas de tal declaración (sino es la referida a la consideración de esta infracción como reincidencia para infracciones futuras).

En cuanto a temas concretos, analicemos cómo ha evolucionado la regulación de las sanciones aplicables a la infracción en materia de Límites Máximos Permisibles (LMP) para actividades mineras:

Infracción: exceder los Límites Máximos Permisibles (LMP) de efluentes en el desarrollo de actividades de explotación minera				
	Hasta noviembre 2012	Desde noviembre 2012	Desde noviembre 2013	Desde julio 2014
Base legal	Resolución Ministerial N°353-2000-EM/VMM. Ítem 3.2	Decreto Supremo N°007-2012-MINAM ítem 6.2.3	Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD	Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD
Sanción de multa aplicable	50 UIT (US\$ 63,000 dólares aproximadamente)	Hasta las 10,000 UIT (US\$ 12 millones de dólares aproximadamente)	Desde las 3 UIT (US\$ 3,800 dólares aproximadamente) hasta las 25,000 UIT (31,6 millones de dólares aproximadamente)	Sólo sancionaría directamente si la excedencia del LMP generase un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas o en casos de reincidencia siendo aplicable el rango que va entre 150 UIT (US\$ 190,000 dólares) a 15,000 UIT (19 millones de dólares). <sup>276</sup> . En los demás casos de excesos de LMP, sólo se declara la responsabilidad administrativa y se dictan medidas correctivas, si corresponden. En caso se verifique el incumplimiento de la medida se sancionará con el 50% del valor de la multa aplicable.
Tipo de multa	Multa fija	Multa graduable en un solo rango abierto	Multa graduable en 16 rangos de sanciones aplicables considerando el porcentaje de excedencia por encima del límite y el mayor riesgo ambiental del parámetro excedido	Multa graduable siendo aplicable uno de los 16 rangos de sanciones en tanto se haya generado un daño real y muy grave a la vida y salud humanas.

Se sancionaba cada parámetro excedido?	SI	SI	NO, sólo se sanciona un parámetro excedido, los demás parámetros excedidos se consideran como agravantes de la misma infracción.	NO, sólo se sanciona un parámetro excedido, los demás parámetros excedidos se consideran como agravantes de la misma infracción.
--	----	----	--	--

Como puede verse, las sanciones por exceso a los LMP de efluentes mineros ha tenido una particular evolución. Este era el tipo infractor más frecuentemente encontrado en las estadísticas de sanciones de primera instancia en el OEFA, con aproximadamente el 25% del total de sanciones que se imponían<sup>277</sup>. De la evolución normativa que ha tenido su regulación puede verse que ésta ha ido desde sanciones fijas hasta multas graduables que por su mayor rigurosidad buscaban lograr un efecto disuasivo, pudiendo llegar a montos muy altos (sin embargo, como se ha indicado las sanciones no podían exceder el 10% de los ingresos anuales del infractor), hasta llegar a la situación actual en la cual ya no se sanciona la contaminación generada por los efluentes de actividades mineras sino que lo que se hace al verificar el exceso de un LMP es emitir una medida correctiva y únicamente cuando se verifica el incumplimiento de esta medida puede sancionarse este hecho.

A su vez, si bien inicialmente se consideraba como infracción sancionable cada exceso a los LMP que se hubiere verificado, con las últimas normas emitidas por el OEFA ello ya no era viable siendo que sólo correspondía sancionar, en el caso de encontrar varios excesos, uno de ellos siendo que en tal caso los demás excesos de LMP que se hubieran verificado en una visita de campo calificarían como agravantes. Esta era otra de las regulaciones con las que contaba el OEFA antes de la dación de la Ley N°30230.

Para entender mejor el estado actual de las cosas, veamos un caso en particular. En la Resolución DFSAI N° 774-2014-OEFA/DFSAI del 29 de diciembre de 2014, se señala que habiéndose verificado el exceso del LMP del parámetro sólidos totales suspendidos (STS) en el punto de monitoreo denominado SV-09W durante la visita de Supervisión Especial 2010, además de declarar responsabilidad administrativa se señala como medida correctiva la siguiente:

“se ordena a Compañía Minera San Valentín S.A., en calidad de medida correctiva que cumpla con lo siguiente: (i) En un plazo de treinta (30) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución, deberá realizar el mantenimiento y limpieza del sistema de tratamiento de las aguas residuales de mina, planta de beneficio y subdrenajes del Depósito de Relaves N° 2. De tal manera que en el punto de control SV-09W se cumpla con los Niveles Máximos Permisibles respecto al parámetro sólidos totales suspendidos (STS) dispuesto en la normativa ambiental vigente”.

Así, habiéndose verificado que se había excedido un LMP, la medida correctiva consiste en realizar mantenimiento y limpieza del sistema de tratamiento para lograr que se cumpla con el parámetro excedido, sólo si no se cumple con esta medida podrá imponerse una sanción. Anteriormente, en otro extremo, por lo regular sólo se imponían sanciones y no se dictaban medidas correctivas. Lo ideal sería, en términos de protección ambiental, buscar que además de sancionar las infracciones también, adicionalmente, se impongan medidas administrativas que busquen que se revierta el impacto ambiental generado o que se controlen los riesgos ambientales originados por este incumplimiento. Parece ser que nos habríamos ido de un extremo al otro. Otro tema. En el caso de las infracciones relacionadas al incumplimiento de los compromisos establecidos en los Estudios de Impacto Ambiental (EIA)<sup>278</sup>, en actividades de hidrocarburos (gas natural), tenemos la siguiente evolución de la regulación en materia de sanciones:

276 En la tipificación de infracciones por exceso de LMP aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N°045-2013-OEFA/CD del 13 de noviembre de 2013, se establece en el ítem 14 la infracción “exceder los LMP establecidos en la normativa aplicable generando daño real a la vida o la salud humanas” sin embargo, en este caso sólo se aplicaría, de acuerdo a lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo N°026-2014-OEFA/CD, si se tratara de casos de daño real y muy grave a la vida y salud humanas.

277 De acuerdo a las estadísticas de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI), primera instancia para la emisión de sanciones del OEFA, de octubre de 2010 a julio de 2014, las sanciones por incumplimiento de los LMP de efluentes mineros alcanzaba un 24.3% del universo total de sanciones emitidas por esta autoridad.

278 En la legislación peruana se hace referencia al incumplimiento de los Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA) lo que comprende los tres tipos de estudios ambientales: Categoría I: Declaraciones de Impacto Ambiental que es aplicable para los proyectos con impactos ambientales leves, Categoría II: Estudios de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) y Categoría III: Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d), que se encuentran regulados en la Ley N°27446 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°019-2009-MINAM.

279 En la tipificación de infracciones por exceso de LMP aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N°045-2013-OEFA/CD del 13 de noviembre de 2013, se establece en el ítem 14 la infracción “exceder los LMP establecidos en la normativa aplicable generando daño real a la vida o la salud humanas” sin embargo, en este caso sólo se aplicaría, de acuerdo a lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo N°026-2014-OEFA/CD, si se tratara de casos de daño real y muy grave a la vida y salud humanas.

Infracción: incumplir lo establecido en el EIA o realizar actividades sin EIA aprobado			
	Hasta febrero 2014	Desde febrero 2014	Desde julio 2014
Base legal	Resolución de Consejo Directivo N°-388-2007 -OSINERG Numeral 3.4.3	Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD	Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD
Sanción de multa aplicable	Hasta las 10,000 UIT (US\$ 12 millones de dólares aproximadamente)	Desde una amonestación hasta las 25,000 UIT (31,6 millones de dólares aproximadamente)	Sólo sancionaría directamente si el incumplimiento del EIA generase un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas o en casos de reincidencia siendo aplicable el rango que va entre 150 UIT (US\$ 190,000 dólares) a 25,000 UIT (31.6 millones de dólares). <sup>279</sup> . En los demás casos de incumplimiento del EIA, sólo se declara la responsabilidad administrativa y se dictan medidas correctivas, si corresponden. En caso se verifique el incumplimiento de la medida se sancionará con el 50% del valor de la multa aplicable.
Tipo de multa	Multa graduable en un solo rango abierto	Multa graduable en 10 rangos de sanciones aplicables considerando si cumplió con la obligación de informar a la autoridad el inicio de obras o si se genera o no daño potencial o real a la flora, fauna, vida o salud humanas	Multa graduable en 10 rangos de sanciones aplicables considerando si se cumplió con la obligación de informar a la autoridad el inicio de obras o si genera o no daño potencial o real a la flora, fauna, vida o salud humanas
Toda acción diferente a lo establecido en el EIA se sanciona?	SI	NO, si es una mejora manifiestamente evidente no se sanciona. Esta calificación es determinada por la autoridad de supervisión directa del OEFA.	NO, si es una mejora manifiestamente evidente no se sanciona. Esta calificación es determinada por la autoridad de supervisión directa del OEFA.

*En este caso, las normas que se venían aplicando tenían ya un efecto disuasivo en tanto que establecían como sanción aplicable un monto máximo de multa de hasta 10,000 UIT sin perjuicio de que se pudieran imponer medidas correctivas u otras medidas administrativas. Cuando se aprueba la escala del OEFA que tipifica esta infracción se establecen rangos de sanciones aplicables que van desde una mera amonestación hasta las 25,000 UIT; no pudiendo imponerse una sanción por un monto mayor al 10% de los ingresos anuales del administrado, tal como ya se ha indicado.*

*Sin embargo, con el nuevo régimen, el incumplimiento de lo establecido en los EIA no se sancionaría directamente sino que la autoridad se limitaría a declarar la responsabilidad administrativa del infractor. Como se ha indicado, con el nuevo régimen, el infractor que ha sido acreditado como tal, estará sujeto a la imposición de una medida correctiva la cual puede resultar no siendo pertinente y por tanto, que no corresponda ser emitida.*

Veamos un caso. En la Resolución N° 761-2014-OEFA/DFSAI del 23 de diciembre de 2014, se declara la existencia de responsabilidad administrativa de Pluspetrol Perú Corporation S.A. al haberse acreditado la comisión de las siguientes infracciones:

- (i) No impermeabilizó un área de 3 m<sup>2</sup> (tres metros cuadrados) correspondiente al Almacén de Insumos Químicos – Drilling de la Locación Mipaya, incumpliendo el compromiso establecido en el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Perforación de Desarrollo del Lote 56;

- (ii) No implementó un muro frontal de contención secundaria en el Almacén de Residuos Sólidos Peligrosos de la Locación Mipaya, incumpliendo el compromiso establecido en el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Perforación de Desarrollo del Lote 56;

En ambos casos, la resolución señala que estas conductas constituyen incumplimientos a los compromisos establecidos en el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Perforación de Desarrollo del Lote 56 y que tales conductas vulneran lo dispuesto en el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2006-EM <sup>280</sup>. Sin embargo, en relación a la emisión de la medida correctiva, se señala lo siguiente:

*“Asimismo, en aplicación del Numeral 2.2 del Artículo 2° de las Normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el Artículo 19° de la Ley N° 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD, se declara que no resulta pertinente ordenar medidas correctivas respecto de las conductas infractoras (i) y (ii), toda vez que la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental verificó que Pluspetrol Perú Corporation S.A. subsanó las conductas infractoras durante la supervisión de campo”.*

*De esta manera, aún cuando se trata de incumplimientos relacionados al manejo de sustancias químicas y residuos peligrosos, con el consecuente riesgo ambiental que ello implica<sup>281</sup>, la verificación que realice la autoridad respecto de este incumplimiento no tendrá consecuencia jurídica alguna en el administrado porque finalmente cumplió con implementar, aún cuando lo hizo durante la supervisión de campo, las medidas de mitigación establecidas en el estudio ambiental.*

*Este nuevo enfoque de flexibilizar la fiscalización ambiental en el país, objetivamente, está legalizando la generación de riesgos ambientales poniendo en peligro la calidad del ambiente así como la efectividad de los EIA en tanto que la exigencia de su cumplimiento quedará sujeta a la capacidad de la autoridad de verificar los incumplimientos en campo y no en función a la necesidad de lograr el objetivo central de prevención ambiental que es la finalidad última de la evaluación de impacto ambiental. Esto genera, a su vez, una situación de vulnerabilidad de los derechos ambientales de las personas.*

De hecho el enfoque de intervención en materia de fiscalización ambiental del año 2013 al año 2014 ha cambiado sustantivamente. A partir de este año antes de sancionar con multa, se busca advertir a los infractores sobre la ilicitud de sus actos, incluso aquéllos que generan riesgos ambientales, buscando que éstos los corrijan de acuerdo a lo que señala la autoridad. Esto que podría considerarse positivo y necesario, resultaría siendo peligroso e insostenible.

Este nuevo enfoque de la fiscalización ambiental con un énfasis educativo y promotor podría haber sido oportuno al inicio de la implementación de la fiscalización ambiental en el país. Sin embargo, luego de casi 20 años, lo único que explica esta nueva tendencia es la necesidad de buscar medios para disminuir la desaceleración de la economía nacional promoviendo la inversión al costo que esto involucre en materia ambiental.

Al parecer, se presume que los titulares de actividades económicas, en vez de gastar en el pago de multas, ahora invertirán en la implementación de las medidas correctivas que permitan revertir las situaciones de riesgo ambiental que las infracciones generan. Es una presunción inocente que no se condice con la necesidad de asegurar, a través del desincentivo que significa la existencia de un régimen real de sanciones, que se realicen las inversiones requeridas para cumplir con las obligaciones ambientales e internalizar realmente la inversión que significa ser responsables con el entorno.

Pareciera ser que estuviéramos regresando, retrocediendo, a 20 años atrás cuando se malentendía la importancia de la conservación ambiental y se la calificaba como una amenaza al crecimiento económico necesario en todo país sobre todo en aquéllos que estamos en vías al desarrollo.

280 En particular, se hace referencia al artículo 9 de dicho Reglamento que regulaba las obligaciones de los administrados en relación al cumplimiento de lo señalado en el EIA. Esta norma ha sido ahora derogada, sustituida por el nuevo Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos aprobado mediante Decreto Supremo N°039-2014-EM que establece una regla similar.

281 El riesgo ambiental que originaron estas infracciones es advertido explícitamente en la propia resolución bajo comentario en los ítems 31 y 45 de la misma.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

- a) La legislación, gestión e institucionalidad peruana ha ido evolucionando, en los últimos 20 años hacia el fortalecimiento del Sector Ambiente.
- b) En materia de evaluación de impacto ambiental, el Sector Ambiente estará asumiendo la función de evaluar los EIA para los proyectos de mayor envergadura, lo que ha venido siendo una función a cargo de las autoridades sectoriales que promueven la inversión privada.
- c) En materia de fiscalización ambiental, el Sector Ambiente ya ha asumido la competencia para fiscalizar diversas actividades económicas anteriormente a cargo de los sectores, y se prevé que continúe en este mismo camino.
- d) En el contexto de desaceleración económica del país, desde el año 2013 se han venido aprobando diversos dispositivos que buscan promover la inversión y lograr que los requerimientos ambientales no sean un obstáculo para tales efectos.
- e) En ese sentido, se han expedido regulaciones que buscan optimizar la tramitación de estudios ambientales conjuntamente con la aprobación de otros permisos, y se ha propuesto el uso compartido de la línea base para evitar que el titular de la actividad deba nuevamente elaborar tal estudio si ésta ya ha sido aprobada previamente, aún cuando dicho estudio haya sido elaborado para otras actividades de otros sectores.
- f) A su vez, se han emitido regulaciones que permiten que las actividades económicas generen riesgos ambientales habiéndose limitado la capacidad legal de la autoridad de fiscalización ambiental para sancionar efectivamente las infracciones ambientales.
- g) La aplicación práctica de estas regulaciones, sobre todo en el ámbito de la fiscalización ambiental, estaría propiciando que los administrados no cumplan con sus obligaciones ambientales lo cual pone en peligro la integridad del ambiente y, por consecuencia, afecta la vigencia de los derechos ambientales de las personas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aldana, Martha. La Fiscalización Ambiental en el Perú: Orígenes, Estado Actual y Perspectivas Futuras. En Revista Derecho y Sociedad Edición 41. Año XXIV- 2013.
- Gómez, Hugo y Granados, Milagros. El fortalecimiento de la fiscalización ambiental. En “El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental”. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Lima, 2013.
- Pulgar Vidal, Manuel. “La Evaluación del Impacto Ambiental en el Perú”. Sociedad Nacional del Ambiente. Lima, 2000.
- De la Puente, Lorenzo. La evaluación ambiental previa: consideraciones en torno de los proyectos mineros y de hidrocarburos. En Revista de Derecho Minero y Petrolero. Lima, 2004.
- Brañes, Raúl. Informe sobre el Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. México, 2001.

## 2.2 Desafíos en las Evaluaciones de Impacto Ambiental

Néstor Cafferatta, Federico Zonis, Lorena González y Pablo Lorenzetti



*Instrumentos de política y gestión ambiental. Evaluación de impacto ambiental acumulativa, estratégica o integral. Gobernanza ambiental.*

El instrumento de política ambiental de evaluación de impacto ambiental, constituye una de las herramientas más aptas en defensa del ambiente. Sin embargo, consideramos necesario ampliar su estructura legal, ejecutiva y judicial, incluyendo la variante de la evaluación ambiental estratégica, acumulativa o integral, para garantizar con mayor idoneidad o efectividad, la necesaria planificación, gobernanza ambiental, sustentabilidad, previsión o predicción de las obras, actividades, inversiones, o desarrollos económicos (industriales o comerciales).

La Corte Argentina tiene una experiencia notable en relación a un caso “SALAS, Dino y otros c/ Salta, Provincia de”, pronunciamientos del 29/12/2008<sup>282</sup>, por causa de una serie emprendimientos forestales o de ampliación de la frontera agrícola (de actividad sojera), propiedad de inversores privados, con probable detrimento por desmonte o tala de más de un millón (1.000.000) de hectáreas de bosques nativos, emplazados en cuatro departamentos en el norte de la Provincia, y en especial, del campesinado local junto a comunidades originarias (wichi), que habitan la región afectada.



En el caso, los inversores contaban con autorizaciones o permisos de desmontes otorgados por el Estado Provincial, por haber presentado evaluaciones de impactos ambientales individuales, sin que hubiera un estudio de impacto ambiental totalizador, por lo que la Corte ordenó suspender dichos permisos, hasta que la Provincia de Salta, en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente de la Nación, realizaran un estudio de impacto acumulativo, integral o estratégico.

A la misma solución se arriba en un caso resuelto por la Corte Constitucional de Costa Rica, en el caso del Parque Nacional Marino LAS BAULAS de Guanacaste. (“Padilla Gutiérrez, Clara Emilia y otros. 16.12.08, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica c/ SETENA, Secretaria Técnica Nacional Ambiental).

La importancia de la evaluación ambiental de proyectos, políticas y programas, con una visión holística, totalizadora e integral, o estratégica, acumulativa o colectiva, debe ser reforzada, no sólo a niveles ejecutivos, sino también legislativos y judiciales.

## 2.3 Inversiones y los Derechos de Acceso: Toma de Decisiones en el Uso del Agua: Derecho Público a Impugnar Decisiones tomadas al Parecer para Promover Inversiones Relacionadas al Sector Energético

Alejandro Posadas



*Derecho de acceso a justicia, aplicación y cumplimiento, inversión y recursos energéticos*

*Como consecuencia de la reforma energética en México, se ha creado la expectativa de un incremento en los niveles de inversión en la extracción de gas de esquisto en el noreste del país. Esta inversión requeriría cantidades importantes de recursos hídricos para su exploración y eventual explotación. Los recursos hídricos no abundan en esta región, y el mismo país todavía no satisface el 100% de las necesidades de consumo de agua de su población. Dada esta escasez, se sugiere que los grandes proyectos de infraestructura hídrica solo podrían estar justificados por los requerimientos de consumo que tendrá en el futuro la población humana. El acceso a información actual sobre este tipo de proyectos ofrece solamente información parcial sobre si, por ejemplo, la construcción de un acueducto que traiga agua de otra parte del país, sería utilizado eventualmente también para el desarrollo de proyectos de extracción de hidrocarburos. Actualmente, el sistema jurídico y de acceso a la información pública no permite conocer con anticipación tal escenario. Este artículo argumentará que es necesario establecer criterios para la evaluación de pruebas y estándares de deferencia, así como recursos jurídicos accesibles, de conformidad con la tradición del derecho civil en el hemisferio, que proporcionen derechos de acceso a la justicia sustantivos, al tiempo que permitan a las autoridades gubernamentales justificar sus acciones en base a políticas equilibradas y equitativas que promuevan la inversión y protejan al medio ambiente y a los recursos hídricos. El artículo se basará en un caso reciente en México. Se propone que un enfoque desde el ámbito jurisdicciones puede ser más eficaz y más eficiente que la legislación, ya que cada caso se puede examinar individualmente para lograr un balance entre las necesidades de desarrollo y la protección del medio ambiente y de la salud de la población humana.*

### INTRODUCCIÓN

En septiembre del 2014, el servicio de agua de la ciudad de Monterrey en México, la empresa pública local *Servicios de Agua y Drenaje de Monterrey* (SAyDM) anunció al ganador de la licitación pública para la construcción de un acueducto de 372 kilómetros para llevar agua desde el río Pánuco en el estado de San Luís de Potosí a la ciudad de Monterrey, en el estado de Nuevo León. El proyecto ha sido denominado como Monterrey VI. Cuando y si se construye, el proyecto sería el acueducto de agua más grande que lleve recursos hídricos de una cuenca a otra en el país. El costo total del proyecto de acuerdo con el gobierno es de 17.684 millones de pesos (aproximadamente 1.178.000.000 de dólares). Un consorcio de cuatro empresas fue el ganador de la licitación.

Polémica ha rodeado el proyecto, especialmente en la ciudad de Monterrey. Por ejemplo, el periódico nacional *Reforma* informó que en una conferencia de prensa dada por una serie de organizaciones, incluyendo a la influyente asociación de empresas *COPARMEX*, los ciudadanos de Nuevo León se oponían al proyecto (Ramos, 2015). Las organizaciones reclaman que el proyecto gubernamental y el proceso de toma de decisiones estuvieron plagados de problemas, incluyendo la falta de disponibilidad de información pública necesaria relacionada con asuntos técnicos, legales, económicos y ambientales. Los principales problemas planteados por estas y otras organizaciones y el sector académico se han centrado en el cuestionamiento de la transparencia del proceso de toma de decisiones, la falta de participación pública, el reclamo de que Monterrey tiene suficiente agua, el costo del proyecto cuando existen alternativas más eficientes, las posibles implicaciones sociales y ambientales del transporte de agua desde otra región y el bombeo desde el nivel del mar.

Si bien no quedó explícito en esa conferencia de prensa, miembros de los grupos que se oponen al proyecto han compartido con el autor sus preocupaciones de que los motivos subyacentes del proyecto sea dotar de agua para el desarrollo de la industria del *fracking* en Nuevo León. En respuesta y reconociendo estas preocupaciones, un ingeniero líder de una de las empresas ganadoras del proyecto publicó una carta en la versión en línea de la revista *Forbes*, en la que aborda el argumento de la explotación del aceite y gas *shale* como uno de los mitos planteados para oponerse al proyecto (Armento, 2014). Su respuesta a este “mito” fue señalar que el título de la asignación de aguas nacionales involucradas sólo permite el uso de agua para uso público urbano.

El caso de Monterrey VI anticipa un nuevo debate en el país alrededor de los usos del agua, la sostenibilidad del medio ambiente, los procesos de toma de decisiones públicas y la inversión energética necesaria para el desarrollo. El debate está reflejado o tal vez enmarcado en el sistema jurídico. Una serie de cuestiones legales, algunas de muy reciente o próxima aparición, implicarán diferentes opciones de política pública que tendrán que ser ponderadas, balanceadas y, en el mejor de los casos, reconciliadas. Los tribunales jugarán un papel relevante en este proceso.

El derecho humano constitucional al agua para consumo personal y doméstico se encuentra en un extremo de las tensiones jurídicas y de política pública. A su lado está el derecho humano a un medio ambiente sano, así como el mandato constitucional para que el gobierno conduzca el desarrollo de la nación en forma sostenible. Del otro lado se encuentra tal vez la reforma constitucional y legal en materia energética que persigue atraer inversión privada a la industria ante el declive o limitaciones de la inversión pública.

Entre esos gradientes se encuentra por supuesto el valor social, económico y político del agua, así como las diversas implicaciones que derivan de su asignación, distribución, uso, conservación y reúso; la manera en que tomamos decisiones en asuntos económicos y ambientales complejos, en el contexto de una democracia emergente que debe perseguir los más altos niveles de participación y consulta pública a nivel local y nacional; los recursos que debe contener el derecho para evaluar los procesos de toma de decisión y las decisiones mismas de manera efectiva; y los medios para promover eficazmente la inversión, socialmente responsable, en el sector energético, para detonar la actividad económica necesaria para mejorar el nivel de vida de todos los mexicanos.

Si los tribunales, como ha sido la tendencia en los últimos veinte años en México, juegan un papel cada vez más activo como una de las instancias relevantes para abordar estos asuntos, necesitarán desarrollar estándares apropiados de evaluación de la evidencia sobre la base de la mejor información disponible y razonar las políticas públicas involucradas en sus resoluciones. En este documento busco evaluar por qué esto es necesario y cuáles son los criterios e implicaciones jurídicas, políticas y sociales, dado nuestro actual sistema jurídico y los recursos disponibles para proteger el ambiente.

En la segunda sección del documento analizo brevemente las principales preguntas alrededor del proyecto Monterrey VI, así como el marco legal general en materia de agua energía. En la tercera sección del documento abordo los principales recursos legales disponibles. En la cuarta sección, la sección de conclusiones, planteo la necesidad de estándares judiciales apropiados y sus implicaciones.

## 1. EL PROYECTO MONTERREY VI

### 1.1 Asuntos de Monterrey VI

De acuerdo a los documentos presentados por la empresa pública de servicio de agua de la ciudad de Monterrey (*Servicios de Agua y Drenaje de Monterrey* SADM) al Banco Norteamericano de Desarrollo (NADBank), el propuesto acueducto de 372 kilómetros de largo conduciría 5m<sup>3</sup>/s (114 millones de galones) de agua diariamente. El agua sería tomada del río Pánuco en San Luis de Potosí y llevada a la ya existente infraestructura hidráulica Cerro Prieto-Monterrey, la cual actualmente provee agua a la ciudad y área metropolitana de Monterrey en el estado de Nuevo León. El gobierno de Nuevo León, el SADM y la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) celebraron un acuerdo institucional para desarrollar el proyecto (Decreto 2014). El proyecto requeriría de seis estaciones de bombeo de agua.

¿Cuáles son los principales temas planteados para cuestionar Monterrey VI? De acuerdo al análisis de un grupo de profesores universitarios, considerando las tendencias de consumo de agua en el área, las fuentes actuales garantizan una oferta plena para la demanda hasta el año 2030<sup>283</sup>. Además, Monterrey es una de las áreas metropolitanas que han hecho avances significativos en la generación creciente de una cultura de conservación del agua que ha resultado en una disminución en las tendencias de consumo. Por ejemplo, el consumo industrial del agua en el área ha disminuido un 3% anualmente durante los últimos 10 años y el consumo doméstico un 1% anualmente durante el mismo periodo. Si la demanda de agua está cubierta por los próximos quince años, la pregunta es entonces ¿a dónde iría el agua adicional y cómo se va a pagar?

El análisis además señala el hecho de que las proyecciones financieras y económicas presentadas por los promotores asumen que el acueducto estaría funcionando completamente y a su máxima capacidad desde el primer día de operación y todos los días del año. Esto es imposible, dado que los datos históricos de

283 Entrevista y documentos sin publicar compartidos con el autor. El análisis fue realizado por las siguientes personas: Martín Bremer, Geofísica; Ernesto Enkerlin, Ecología; Ricardo Padilla, Arquitectura; Daniel Buitrille, Química; Lucy Ortiz, Contabilidad; Mariano Nuñez, Ley Ambiental; Raul Rubio, Medios; Celina Fernández, Sociología; Nora Toscano y Oscar Bulnes, Arquitectura de paisajes; Cosijoopii Montero, Reforestación; Alfredo Gonzalez, Ingeniería Civil; Malaquias Aguirre y Alfonso Martínez.

las fuentes de agua indican que durante casi un tercio del año no existe suficiente agua en la cuenca para bombear al acueducto. El argumento es, entonces, que el costo real que la construcción y operación del acueducto representará para el contribuyente será más alto que el agua real que se bombeará y entregará para consumo.

Los profesores además cuestionan que la evaluación de impacto ambiental no incluye todas las implicaciones ecológicas del bombeo del agua desde la cuenca del Pánuco o los costos de limpieza del agua que está contaminada por las industrias y agricultura de los estados centrales de México. En el análisis evalúan asimismo otras alternativas para proveer agua a Monterrey que son menos costosas y tienen un menor o ningún impacto ambiental. Estas no requerirían el uso de energía en bombeo y por lo tanto no implicarían emisiones de gases efecto invernadero a la atmósfera.

Por ejemplo, señalan que el servicio de agua de Monterrey pierde el 28% de agua a través de fugas en su infraestructura. Aunque el servicio es uno de los más eficientes del país, sería factible disminuir ese porcentaje de pérdida a un 15%, en forma comparable con los estándares internacionales más altos. La ciudad de Melbourne por ejemplo, tiene una pérdida de 10% por fugas. La inversión que esto implicaría sería una fracción de la necesaria para el proyecto Monterrey VI y podría añadir doce años más de satisfacción de la demanda de agua proyectada. Todo esto sin considerar otras alternativas que podrían mejorar los ciclos de agua en la región, filtrado y recuperación de agua, y que podría tener beneficios adicionales en cuanto a los servicios ambientales y ecológicos de la cuenca de Monterrey.

En el 2007, la organización World Wildlife Fund publicó un reporte en que evaluó la experiencia de siete grandes proyectos de trasvases de agua, en diferentes partes del mundo, similares a Monterrey VI. El reporte concluyó que si bien estos proyectos pueden resolver los problemas de abastecimiento de agua en áreas que presentan escases de agua, implican considerables costos sociales y ambientales (WWF, 2007). Estos costos sociales y ambientales son tanto para las cuencas prestadoras como para las destinatarias y sus comunidades. Ambientalmente, los esquemas de trasvases de agua interrumpen la conectividad fluvial, afectan el desove de peces y su migración, alteran los flujos naturales –algunas veces con costos ecológicos muy grandes -, contribuyen a la salinización y el descenso del nivel freático en las zonas costeras, y facilitan la transferencia de especies invasiva de una cuenca a otra. Curiosamente, la WWF menciona que lo que destaca en todos estos proyectos es que: a) aparte del objetivo de generar energía eléctrica, su motivación principal es usualmente el desarrollo agrícola en zonas de escasez de agua; b) cometen el error de no evaluar alternativas que pueden limitar o prevenir los costos asociados al proyecto, y; c) constantemente implican fallas de gobernanza que van desde la falta o inexistencia de consultas con las comunidades afectadas, hasta la omisión de dar suficiente importancia a los impactos ambientales, sociales y culturales de los proyectos.

Otra cuestión que pone de relieve Monterrey VI se refiere al contexto general de la demanda de agua en México. Si el área metropolitana de Monterrey tiene la demanda de agua completamente cubierta por otros quince años como mínimo, ¿tiene sentido incurrir en los costos de construcción de tal infraestructura? ¿Debe ser la inversión orientada a otra región?

¿Cuál es en principio la situación general del acceso al agua en México para las necesidades humanas? CONAGUA estima que aproximadamente 9 millones de personas no tiene acceso a agua limpia en México y 11 millones no tienen servicios de saneamiento apropiados (CONAGUA, 2011). La organización no prevé que la cobertura universal pueda ser alcanzada en México para el 2030.

La sostenibilidad ambiental es otro factor importante y quizá el asunto más apremiante en el futuro cercano en relación a la administración de agua como recurso natural a nivel nacional. En los últimos 70 años, la disponibilidad de agua por persona en México se ha desplomado más de un 60% (Carlos Perez, 2013) (CEMDA & Environmental Law Institute, 2013). Restaurar la sostenibilidad es ante todo un problema ambiental y ecológico, así como cultural en términos de compromiso social para la conservación. UN-Water ha identificado la escasez de agua como “el problema más acuciante relacionado con la gestión del agua en México” (2012). La mayor escasez es el resultado del desarrollo económico no regulado, el crecimiento demográfico, la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, la sequía, y los efectos tempranos del cambio climático (UN-Water, 2012) (Buono & Posadas, 2015).

El problema de la sostenibilidad del agua a nivel nacional tiene un significado legal especial si se considera que México es quizá el primer país en incorporar dentro de su Constitución el derecho fundamental al agua para consumo personal y para saneamiento (Reforma constitucional, DOF: 08/02/2012). La disposición constitucional establece:

*“ Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para el uso personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y accesible ”. Artículo 4 de la Constitución Mexicana*

La Constitución establece que el estado debe garantizar este derecho y que la ley proveerá los medios para realizarlo. Todos los niveles del gobierno, en colaboración con la sociedad en general, deben contribuir en su ámbito en ese sentido..

(Buono y Posadas, 2015). La reforma constitucional incorpora el derecho humano siguiendo el lenguaje ya desarrollado por la Observación General 15 del Comité de derechos económicos, sociales, y culturales de las Naciones Unidas (2003).

El Artículo 4o constitucional debe ser leído en conjunto con los artículos 25, 27 y 115 de la Constitución. El Artículo 25 establece que el desarrollo del país debe llevarse a cabo de una manera integral y sostenible (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25 (1917)). La extensión de este mandato no es completamente clara, pero expertos en temas ambientales consideran que aplica al agua y que esto significa que las decisiones concernientes a la infraestructura del agua, servicios de agua limpia y alcantarillado, y todos los usos de fuentes de agua deben considerar los impactos sociales, económicos y ambientales, así como los deberes intergeneracionales (CEMDA & Environmental Law Institute, 2013). El Artículo 27 define los cuerpos de agua nacional como bienes públicos propiedad de la nación (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27 (1917)). Estos bienes públicos son inalienables y sólo pueden ser explotados por particulares mediante concesiones otorgadas por el Poder Ejecutivo Federal. Éstos incluyen:

- » Las aguas de los mares territoriales mexicanos en la extensión establecida por la ley internacional.
- » Todas las aguas marítimas interiores.
- » Lagos y esteros conectados permanente o intermitentemente al mar.
- » El agua de lagos interiores vinculada a corrientes constantes.
- » El agua de los ríos y sus afluentes desde su nacimiento hasta su conexión con el mar, lagos o esteros pertenecientes a la nación.
- » El agua de cualquier corriente, lago, laguna o estero que sirva como límite internacional, o límite entre dos estados, o que cruce entre dos estados o un límite internacional.
- » Agua de manantiales que fluyen desde las playas, zonas marítimas, corrientes, ríos o cualquier otra fuente de agua propiedad de la nación.
- » Arroyos, camas o bancos de lagos en la extensión establecida por la ley.

El propietario de un terreno puede extraer el agua que se encuentre únicamente debajo de su propiedad. Sin embargo, el Presidente de la República puede establecer límites a tal derecho basado en consideración de interés público. Todas las demás aguas no listadas como aguas nacionales son consideradas parte de la propiedad en donde fluyen. No obstante, cuando fluyen a través de dos o más propiedades, los estados pueden regularlas.

La ley actual de aguas nacionales implementa el artículo 27 de la constitución en relación a los cuerpos nacionales de agua. Esta ley, sin embargo será reemplazada por la ley general de agua. El Congreso de la Unión debe promulgarla en cumplimiento al mandato contenido en uno de los artículos transitorio de la reforma constitucional del derecho fundamental al acceso al agua. Finalmente, el artículo 115 de la constitución establece que los gobiernos municipales tienen la facultad y el deber de proveer los servicios públicos de agua y alcantarillado (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 115 (1917)). Así, el gobierno federal administra las aguas nacionales a través de CONAGUA. Los estados pueden regular ciertas aguas subterráneas y los municipios están a cargo de proveer los servicios públicos de agua y saneamiento.

CONAGUA se encuentra organizada administrativamente a través de cuencas hidrográficas y asigna volúmenes de aguas nacionales a estados y gobiernos municipales, así como permite el uso de agua privada por medio de contratos de concesión de carácter administrativo. Las decisiones en relación a los usos del agua son tomadas por CONAGUA con base en las recomendaciones de los consejos de cuencas.

Como se puede ver en este resumen general, el régimen hídrico legal en México es complejo. Es eminentemente un sistema de administración del agua de carácter público gubernamental. Dado que las aguas nacionales son la fuente predominante de agua, el gobierno federal a través de CONAGUA es quien tiene el peso preponderante en asuntos de infraestructura hídrica. Sin embargo, la colaboración con los gobiernos locales es necesaria especialmente en temas de servicios públicos de agua.

Finalmente, es importante subrayar que la legislación actual de aguas nacionales permite que CONAGUA misma o por medio del Consejo de Cuencas modifique o cambie los usos del agua. Por lo tanto, aunque la asignación actual de agua bajo el proyecto Monterrey VI se declare para uso urbano público, nada en la legislación restringe que CONAGUA modifique esa decisión una vez que el acueducto esté construido o en operaciones. Así, y toda vez que no hay evidencia de que el agua se necesite con urgencia en Monterrey, la pregunta es si existe una motivación oculta detrás de Monterrey VI. Es en este sentido que resulta lógico que se identifique a la industria del fracking como la agenda oculta detrás del proyecto.

La Agencia de Información de Energía de los Estados Unidos de América (EIA) estima que en México existen aproximadamente 545 trillones de metros cúbicos de yacimientos de hidrocarburos no convencionales de lutitas. (EIA, 2014). La mayor parte del gas de esquisto está localizado en la parte norte del país (Buono & Posadas, 2015). La secretaría de Energía de México (2002) ha identificado las cuencas Burro-Picacho, Tampico-Misantla, y Burgos como zonas prioritarias potenciales de petróleo y gas de esquisto. La Secretaría considera que el petróleo y gas de esquisto, especialmente en estas tres áreas, está confirmada y representada, si se desarrolla, varias décadas de producción de gas y petróleo sobre las tasas de producción de 2013. Estas cuencas están situadas en los estados norteros de Chihuahua, Nuevo León, Coahuila y Tampico. Las cuencas Burro-Picacho y Burgos son una extensión en México de la formación Eagle Ford en Texas. México ocupa el sexto lugar mundial de recursos técnicamente recuperables más grandes de gas de esquisto. El Gobierno de Nuevo León ha sido explícito en su intención de hacer de la industria de fracking en el estado el nuevo motor económico.

El fracking requiere grandes cantidades de agua. Durante el proceso de fracturación hidráulica, el líquido utilizado – que puede ser 99% agua – es forzado en el pozo a una presión que excede el punto de quiebre de la formación rocosa. La Secretaría de Energía estima que el desarrollo de cada uno de los pozos de gas de esquisto requerirá alrededor de 21 millones de litros de agua (Secretaría de Energía, 2012). México es y está calificado para tener un alto porcentaje de tensión en las aguas sobre las áreas La prometidora zona de producción de equino de Burgos y Sabinas que corre a través del estado de Nuevo León es calificada también como una de alto estrés hídrico (World Resources Institute, 2014).

## 2. Remedios potenciales y Acceso a la justicia

Así, el proyecto Monterrey VI se plantea en un nuevo contexto de derechos humanos y reformas energéticas. El 2 de abril del 2015, el anterior gobernador de Nuevo León declaró que el proyecto Monterrey VI era una realidad y que iba hacia adelante (Ares, 2015). Afirmó que dado que las concesiones habían sido otorgadas y los contratos firmados el proyecto no podía ser cancelado toda vez que los gobiernos estarían expuestos al pago de daños. A través de entrevistas realizadas, fui informado de la existencia de una denuncia penal presentada en relación al proyecto por un grupo de ciudadanos en Septiembre del 2014. Los medios de comunicación además informaron de un recurso de amparo interpuesto por un grupo de organizaciones en Noviembre del 2014 (Vázquez, 2015). El informe de prensa señala que la materia de la demanda de amparo es la falta de consultas públicas en torno al proyecto.

Es difícil imaginar que una demanda penal prosperaría. Demostrar el soborno o algún otro delito en conexión con el proceso de licitación o celebración de contratos es difícil por sí mismo. Sin embargo, en junio del 2015 resultó vencedor en las elecciones a gobernador del Estado de Nuevo León un candidato independiente y ello podría cambiar el balance político.

¿Qué podría suceder con la acción de amparo presentada por la falta de un proceso adecuado de consultas? El proyecto está sujeto a una autorización de evaluación de impacto ambiental. La evaluación del impacto ambiental se presentó a la SEMARNAT en septiembre de 2013. Fue aprobada sin consulta pública. La razón de esto radica en el artículo 34 y 40 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección Ambiental (LGEEPA, 1988). Estas disposiciones contienen dos disposiciones importantes y controversiales en relación a la publicidad y consultas públicas en materia de evaluación de impacto ambiental: a) primero, las evaluaciones de impacto ambiental han de ser puestas a disposición pública, y, b) segundo, SEMARNAT tiene la facultad discrecional de conducir un proceso de consulta pública a petición de cualquier miembro de la comunidad que pueda resultar afectada. En términos prácticos, las disposiciones limitan significativamente la posibilidad de conducir una consulta pública especialmente en proyecto regionales de gran envergadura (Clariond, 215).<sup>284</sup>

El Reglamento de la LGEEPA establece que SEMARNAT pondrá a disposición pública la evaluación de impacto ambiental en su oficina central y en la oficina regional en donde el proyecto será llevado a cabo.

284 Eugenio Clariond señaló que no hubo negociación o consulta alguna en el proceso. En su opinión fue una idea del Gobernador de Monterrey y Aguas de Monterrey que decidieron simplemente que había que traer 5m3 de agua adicionales a Monterrey.

Las disposiciones no obligan a la Secretaría a hacer ningún esfuerzo para informar a las comunidades que puedan verse afectadas por el proyecto, excepto publicar cada semana en el Boletín Ecológico la lista de evaluaciones de impacto ambiental sujetas a autorización. Además, una vez que la autorización de la evaluación esté publicada en el Boletín, el “miembro” de la comunidad que podría solicitar una consulta pública tiene 10 días para hacerlo.

Sólo organizaciones dedicadas permanentemente a revisar el Boletín o que puedan contar con otras fuentes de información podrían identificar a un miembro de una comunidad afectada para facilitar la solicitud de realización de una consulta pública. Sobra decir que, teniendo la evaluación de impacto ambiental disponible en las oficinas “central y regional” es casi en su totalidad una medida de publicidad proforma, que en general no está al alcance de comunidades que puedan verse afectadas y que residen muchas veces muy lejos de dichas oficinas.

En el caso de Monterrey VI esto fue verdad. No hubo consulta pública para la autorización de la evaluación de impacto ambiental del acueducto más grande a ser construido en México porque nadie la solicitó. Ningún miembro de ninguna comunidad en los cuatro estados que pueden sufrir repercusiones por la toma, carga y descarga de las aguas fue capaz de solicitar una consulta. Lo que comúnmente sucede en estos casos es que las comunidades y las organizaciones no gubernamentales que se oponen al proyecto requieren tiempo e información para generar sus puntos de vistas, y esto tiende a suceder una vez que las autorizaciones del proyecto se hacen públicas. La mayoría de las comunidades ignoran siquiera que tienen la oportunidad de solicitar una consulta pública o incluso, que existe un proceso de autorización de evaluación de impacto ambiental. Así, las ineficaces disposiciones sobre consulta pública de la LGEEPA sólo generan conflictos y litigios, en los que las manifestaciones públicas y la presión de los medios de comunicación se constituyen en las únicas formas posibles de expresar las posiciones de comunidades y público en general sobre grandes proyectos de infraestructura.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un caso seminal en relación a la autorización de impacto ambiental y necesidad de consultas a los pueblos indígenas (Acueducto Independencia. Amparo en Revisión 631/2012 (2013)). El caso concierne un recurso de amparo presentado por los miembros de la tribu indígena Yaqui en contra de, casualmente, un acueducto que extraería aguas afectando potencialmente sus derechos al 50% de las aguas de los ríos afluentes para sus necesidades agrícolas. La Suprema Corte confirmó que la Constitución protege y ampara a la tribu Yaqui con base en su derecho convencional de ser consultada de cualquier acto administrativo o legislativo que pueda afectar sus comunidades, ambiente y acceso a recursos naturales. Al resolver el caso, la Suprema Corte se basó especialmente en la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y los precedentes aplicables en consultas indígenas resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La decisión anuló la autorización de evaluación de impacto ambiental otorgada y ordenó que la consulta con la tribu Yaqui fuese realizada de una manera culturalmente apropiada, en principio, a través de sus líderes y representantes, plenamente informada, en buena fe y con el objetivo de lograr un consentimiento o acuerdos. La decisión no abordó al derecho a las aguas alegado por los Yaquis, sino sólo su derecho constitucional de ser debidamente consultados.

Para los fines de este análisis, la decisión tiene un valor directo limitado. El alto grado de protección y requisitos en materia de consultas públicas delineado por la Suprema Corte se fundamenta en las condiciones y protecciones especiales reconocidas por la Constitución y los acuerdos internacionales a los pueblos indígenas.

Aparte del caso de pueblos indígenas, la Constitución se ocupa de la participación pública y de las consultas únicamente en relación al sistema nacional de planeación democrática. El artículo 26 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1971)) establece que la formulación del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas gubernamentales consecuentes debe hacerse a través de consultas y participación pública según lo establecido en las leyes correspondientes.

Hay una tesis (*tesis jurisprudencial*) en la que un tribunal de circuito declaró un reglamento municipal en materia de regulación de la publicidad comercial en calles como inconstitucional porque fue aprobada y publicada sin una consulta pública previa (Jurisprudencia. Tesis XIX. 5º.12 A (TCC: 9º época, enero, 2004)). El código municipal del Estado en cuestión requería que cada reglamento municipal fuese sometido a consulta pública, cosa que no sucedió con el ordenamiento en cuestión. El tribunal federal de circuito sostuvo en su razonamiento que la consulta pública no era una institución sin relevancia jurídica, ya que identificó sus bases constitucionales en el artículo 26 en relación a la planeación del desarrollo. El tribunal razonó que las disposiciones sobre publicidad comercial en las calles tenían como propósito poner orden en relación a la contaminación visual, así como regular asuntos de seguridad, y que por ello la consulta pública era relevante. La falta de consulta pública dio como resultado que el tribunal declarara las inconstitucionalidades del reglamento en cuestión.

En ese caso, sin embargo, existía mandato expreso en la ley local para la realización de consultas públicas para cada Reglamento propuesto. Ese no es el caso de las autorizaciones de evaluación de impacto ambiental federal, en donde la ley establece que será llevada a cabo únicamente ante solicitud y aun así sujeto a la decisión discrecional de SEMARNAT. El precedente que refiero traza sin embargo una intención de vincular más estrechamente el derecho a la consulta pública con la planeación gubernamental a un nivel constitucional. Ello puede dar lugar a argumentos más persuasivos y precedentes más favorables en derechos de consulta pública en el futuro. Y en nuestro caso no queda duda de que la construcción de un mega proyecto como el acueducto de Monterrey VI es una decisión de planeación gubernamental significativamente relevante.

El derecho ambiental en México prevé otra solución más sustantiva. El artículo 180 de la LGEEPA (LGEEPA, ARTÍCULO 180 (1988)) introdujo por primera vez en México un derecho a demandar más amplio, ahora reconocida en la ley de Amparo y conocido como interés legítimo (Ley de Amparo, artículo 5 (2013)). En virtud del artículo 180, toda persona física o moral de una comunidad potencialmente afectada por una obra o actividad pública puede presentar un procedimiento de revisión administrativo o una demanda ante el Tribunal Federal Administrativo. La queja debe consistir en la afirmación de que la obra o actividad pública viola el derecho ambiental, incluyendo los decretos de áreas naturales protegidas y programas y normas oficiales ambientales.

Otros dos aspectos interesantes de esta disposición se refieren a los estándares de prueba, ya que el demandante debe demostrar que las obras o actividades públicas han causado o pueden causar daños al medio ambiente, recursos naturales, vida salvaje o a la salud pública. Así, por un lado, la acción se puede utilizar como una demanda preventiva en donde la amenaza inminente de daño puede ser demostrada, y no sólo como una reclamación de daños después de los hechos. Por el otro lado, los daños inminentes o actuales se extienden no únicamente al ambiente, recursos naturales y vida salvaje, sino también a la salud pública. El alcance de la disposición es amplio. Una posible reclamación sobre el proyecto de Monterrey VI, como una obra pública de mega infraestructura de las administraciones federal y local puede constituir un caso muy interesante en materia de evidencia científica ante los tribunales mexicanos. Esto podría requerir una importante cantidad de recursos probatorios por parte de los demandantes potenciales.

La Ley de Aguas Nacionales no establece una solución específica comparable. Sólo provee que cualquier persona puede recurrir a una denuncia popular, solución provista nuevamente por la LGEEPA (Ley de Aguas Nacionales, artículo 124 BIS (1992)). Bajo esta disposición, cualquier persona, independientemente de dónde viva, puede presentar una queja ante la *Procuraduría Federal de Protección al Ambiente* (PROFEPA) (LGEEPA, capítulo VII, (1988)).

PROFEPA estará a cargo de investigar si ha ocurrido o no una violación al derecho ambiental. La persona que presenta la queja puede colaborar con PROFEPA brindando evidencia, documentación e información que pueda poseer. PROFEPA debe referirse a la información presentada por el demandante en su resolución. El problema con esta acción es que se basa por completo en lo que PROFEPA investigue y determine respecto a la queja. PROFEPA tiene recursos limitados y como cualquier otra dependencia investigadora no puede dedicarse a fondo todas las quejas y violaciones de derecho ambiental que llegan a su conocimiento. Adicionalmente, PROFEPA y CONAGUA son organizaciones bajo la autoridad de SEMARNAT. En un caso como el de Monterrey VI, PROFEPA estaría investigando y revisando las decisiones tomadas por su organización paralela y su propia superioridad SEMARNAT.

Partiendo de la naturaleza jurídica del agua bajo el sistema legal mexicano, como un bien público perteneciente a la nación, la posibilidad de demandas privadas en contra de proyectos de infraestructura hídrica es limitado, a no ser que la construcción del proyecto cause un daño civil. Ahora, los daños ambientales realmente causados como resultado de obras públicas podrían ser objeto de una acción bajo la legislación de responsabilidad ambiental recientemente aprobada (Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (2013)). Esta ley está apenas sujeta a prueba y es quizá muy pronto para conocer cómo será interpretada por los tribunales. Sin embargo, presenta oportunidad y desafíos relevantes.

Una demanda bajo la ley de Responsabilidad Ambiental puede ser presentada por: a) cualquier miembro de una comunidad adyacente a donde ocurrió el presunto daño; b) por una organización no gubernamental ambiental, o; c) por PROFEPA. El objeto de la demanda es el daño al ambiente, independiente y sin perjuicio de cualquier daño civil que pueda ocurrir (Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 28 (2013)).

El remedio preferente que contempla la Ley de Responsabilidad Ambiental es la restauración (Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 10 (2013)). Quien resulte responsable bajo la ley debe reestablecer las condiciones ambientales a la situación o línea base existentes inmediatamente antes de que se produjera el daño. Sólo donde la restauración parcial o total no es objetivamente posible, o cuando se

cumplen tres excepciones condicionantes establecidas por la ley, se recurre a la compensación en lugar de la restauración.

Las excepciones contempladas en la ley para no restaurar son controversiales, especialmente porque una de ellas involucra una certificación por parte de SEMARNAT de que las obras y actos que provocaron los daños, son de hecho, ambientalmente sostenibles y lícitos (Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 14 (2013)). Esta disposición es una disposición tipo “catch 33” dado que los daños causados por la conducta ilícita son entonces después de los hechos declarados por la autoridad ambiental federal conforme a derecho. Es un concepto difícil de aceptar.

Un aspecto más se debe considerar. La ley de Responsabilidad Ambiental establece criterios para limitar la responsabilidad resultante de un daño ambiental (Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 6 (2013)). Una persona no será responsable de un daño ambiental cuando una evaluación de impacto ambiental fue requerida y presentada, la evaluación de impacto ambiental incluía estos posibles efectos, y la autorización fue otorgada por SEMARNAT. Esto nos lleva nuevamente a la relevancia de que las evaluaciones de impacto ambiental sean llevadas y autorizadas apropiadamente y de la importancia de sostener consultas públicas sustantivas y aportes de expertos especialmente en proyectos de mega infraestructura.

Una evaluación de impacto ambiental deficiente que busque promover el proyecto de infraestructura puede derivar en complicaciones judiciales y en la oposición pública a un proyecto. Un proyecto aprobado y posteriormente detenido por oposición pública o litigación doméstica puede dar cabida a una reclamación internacional por parte de los inversionistas si estos son extranjeros. Por ejemplo, los proyectos que involucren inversionistas de los Estados Unidos o Canadá pueden eventualmente accionar las disposiciones de protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el mecanismo de arbitraje inversionista-Estado (NAFTA, artículo 116 (1993)). México ha enfrentado ya un número significativo de este tipo de arbitrajes algunos. Varios han estado relacionados a problemas ambientales. De hecho, en el primer arbitraje de inversión presentado bajo el TLCAN, México perdió el caso ante la empresa Metalclad Corporation. El conflicto derivó de un confinamiento de residuos peligrosos autorizado a nivel federal. Parte de la controversia se derivó de serias preocupaciones a nivel local respecto a la calidad técnica de la evaluación de impacto ambiental aprobada.

Todavía es muy pronto para saber cómo los tribunales interpretarán las limitaciones de la Ley de Responsabilidad Ambiental. Una interpretación restrictiva de las excepciones pueden fortalecer el recurso y en consecuencia el derecho al acceso a la justicia y la protección del medio ambiente. El derecho mexicano también introdujo hace unos años las acciones colectivas ambientales (Decreto del 30 de agosto 2011 (2011)), así como la disponibilidad de amparos colectivos (Ley de Amparo, artículo 5.I. (2013)). Estos recursos también pueden ser considerados dentro de las estrategias de litigantes potenciales en casos tales como el de Monterrey VI.

Así, el derecho mexicano provee un número de recursos constitucionales y legales ambientales para asistir a las comunidades y personas afectadas por un proyecto de infraestructura. He abordado algunas de sus limitaciones y oportunidades. No obstante, una característica general al sistema jurídico mexicano que puede jugar un papel significativo en su eficacia es el de los asuntos probatorios.

Los proyectos de infraestructura, la interacción entre el medio ambiente y otros derechos constitucionales, y los proyectos energéticos, constituyen temas complejos que involucran normatividad y decisiones de política pública diversas. En el contexto de los procesos judiciales involucran a su vez la presentación de evidencia científica compleja y especializada. Hace pocos años, la Suprema Corte de Justicia mexicana introdujo el estándar Daubert en el Derecho Mexicano. Esto sucedió a través de la resolución de una contradicción entre dos tesis de jurisprudencia desahogadas en dos tribunales de circuito federales en materia de la prueba de paternidad (SCJN, Contradicción de tesis 154/2005(2005)). Básicamente lo que la Suprema Corte declaró fue que para que los tribunales valoren válidamente la opinión de un experto en un área científica es necesario que dicha opinión cumpla con el siguiente criterio: a) que la evidencia científica sea relevante para el caso tratado, y; b) que la evidencia científica sea confiable. Para que tal evidencia se considere confiable debe ser resultado de la aplicación del método científico. La Suprema Corte proporcionó algunos criterios no exhaustivos para que los tribunales supieran cuándo dicha evidencia científica es confiable como resultado del método científico. Por ejemplo, la evidencia debe haber sido sometida a pruebas empíricas o pruebas refutables, debe haber sido sometida a revisión y aceptación por la comunidad científica, y el margen de error debe ser conocido, o deben existir criterios para conocerlo.

No tengo conocimiento de ningún estudio realizado aún acerca del impacto del estándar Daubert en procedimientos jurídicos inferiores en México. Daubert ha sido controversial en los Estados Unidos (Heinzerling, 2006), aunque diversos países tales como Canadá, Gran Bretaña, Italia y Colombia también la han adoptado.

El problema principal con el estándar establecido en Daubert en los Estados Unidos es que sus efectos han sido en lo general en el sentido de restringir evidencia científica, en lugar de facilitar una valoración más robusta de la misma en los procedimientos judiciales. Es cierto que algunas industrias, tales como tradicionalmente la industria de tabaco, han financiado científicos para poner en duda la evidencia científica existente sobre el daño causado por el producto. Daubert buscaba de alguna manera guiar a los tribunales para que evaluaran adecuadamente la ciencia deficiente. Sin embargo, los casos complejos tales como los de salud y medio ambiente, muchas veces involucran problemas científicos difíciles que la ciencia no ha abordado aún o resuelto por completo.

Además, siempre es importante recordar que la agenda científica es diferente y en muchos aspectos opuesta a la agenda de los procedimientos judiciales y el litigio. Para comenzar, la ciencia es inquisitiva, crítica, se autoevalúa constantemente, busca objetividad, en cambio el litigio es acusatorio, se basa en la posición, busca regularidad y certeza, y busca una solución a los conflictos a través del uso limitado de recursos y tiempo.

Por lo tanto, el mejor escenario posible en el litigio de asuntos complejos que involucran evidencia científica es permitir la más amplia presentación de evidencia y la posibilidad de cuestionarla de la manera más robusta, a la luz de los principios y los estándares legales pertinentes. En última instancia, la prueba da lugar al elemento fáctico al que se debe aplicar una regla de derecho. La evidencia no debe ser evaluada en términos absolutos (como algunas veces la ley pretende que se haga), pero en términos relativos. La pregunta central es si la evidencia hace más probable que un hecho sea cierto; es decir, que algo sucedió, fue o es de determinada forma. La prueba es una cuestión de grado. Es necesaria para generar información con una relevancia jurídica que auxilie a los juzgadores a tomar las mejores decisiones posibles bajo las circunstancias y resolver el caso.

Los jueces como tomadores de decisiones deben en última instancia decidir si la evidencia es suficiente y si es apropiada o relevante para la aplicación de la norma. Estas son decisiones jurídicas, no científicas per se (aunque puedan estar basadas en la ciencia), y deben ser tomadas, especialmente en casos complejos, aceptando un grado de incertidumbre que el Derecho, sus principios, fines y operación debe administrar. Lo que permitiría a un juez tomar la mejor decisión legal posible en un caso dado es tener la mejor información disponible. Es aquí en donde encontramos la intersección entre el derecho y la ciencia, entre las normas y la prueba pericial.

¿Cómo se alienta esto o limita? A la luz de esta discusión, un aspecto que limita la más robusta presentación de pruebas y evidencia científica en nuestro sistema legal es su naturaleza predominantemente escrita, así como consecuentemente la manera controlada en la que se desahoga la prueba. Llamaremos a esto el procedimiento jurídico tradicional. La Constitución mexicana fue enmendada en el 2008 para introducir a nivel federal y local el sistema acusatorio en el proceso penal. Como efectos colaterales de esta reforma, un número de estados han introducido también los principios y procedimientos del sistema acusatorio en otro tipo de materias, tales como en procedimientos mercantiles y familiares. Sin embargo, los tribunales federales que se ocupan de problemas ambientales y de los juicios de amparo siguen el procedimiento tradicional predominantemente.

En relación, en particular a la evidencia técnica y científica, su presentación está controlada porque se solicita el testimonio de expertos o peritos que se desahoga a través de preguntas escritas, preparadas con anterioridad por las partes y aprobadas por el juez. Estas preguntas, usualmente son preparadas originalmente cuando se presentan los escritos y, dado que no hay procesos de descubrimiento de la prueba, la preguntas por lo general son genéricas, vagas, hipotéticas o de uso limitado para la toma de decisiones jurisdiccionales. El interrogatorio del testigo experto o perito a través de una lista de preguntas escritas con anterioridad, calificadas por un juez en cuanto a su conformidad a las normas de prueba, generalmente no son conducentes a generar una prueba robusta y por ello son de valor limitado para el juez. Finalmente, la presentación del testimonio del experto se hace por lo general ante una audiencia especial para este fin, en donde la mayoría de veces no es el juez el que está presente sino un secretario judicial. El juez suele leer la transcripción de esta audiencia para preparar la decisión.

En otras palabras, es un sistema que privilegia la letra de la ley y no los hechos. Si el dicho en el sistema legal Anglo-Sajón es “dame los hechos, y te doy el derecho”, el dicho de nuestro sistema jurídico sería completamente lo opuesto. No hay oportunidad de refutar evidencia compleja a través de interrogatorios y contra exámenes orales de los expertos o por medio de la presentación de diferentes testimonios de expertos. El juez no tendrá la oportunidad de observar al perito o experto defendiendo su opinión o admitiendo sus limitaciones u otras interpretaciones científicas diversas. Pierde así el juez una oportunidad importante para evaluar la calidad de la evidencia y por lo tanto su propia toma de decisiones. Por lo tanto, las audiencias bajo el sistema tradicional, en realidad tienen un valor limitado. Los abogados de hecho, no presentan un argumento final ante el juez, en donde se reúna y conecte la evidencia, sus pruebas, y los aspectos jurídicos implicados.

La mayoría de los argumentos se hacen en los alegatos escritos originales y en las comunicaciones ex-parte. Las comunicaciones ex-parte son un elemento básico vergonzoso de nuestra tradición legal, aceptado con poco cuestionamiento y defendido vigorosamente por muchos abogados. Las comunicaciones ex-parte son de hecho, la manera de litigar un caso desde los tribunales locales inferiores hasta la propia Suprema Corte de México. Hace algunos años participé en un procedimiento de amparo en un litigio estratégico llevado por la clínica jurídica de la escuela de derecho del CIDE en donde solicitamos al juez presentar nuestros alegatos de manera oral en la audiencia constitucional de amparo. El caso era sobre libertad de expresión y libertad de culto. La ley permite que se haga así pero tradicionalmente nunca se hace. El juez y sus secretarios judiciales no escatimaron esfuerzos para convencernos de no hacerlo. Se cuestionaban porqué queríamos hacerlo de esta manera. No podían entenderlo porque nadie lo hacía. Finalmente lo hicimos ante un juez bastante enfadado, el cual eventualmente falló en contra nuestra.

## CONCLUSIÓN

La transformación del sistema legal y constitucional en México representa una nueva época en el desarrollo político y social del país. Se caracteriza por las demandas y nuevas realidades de su sociedad, las iniciativas tomadas en respuesta por sus actores políticos y es parte de los nuevos desafíos y desarrollos a nivel regional e internacional. Es una época que se distingue por el fortalecimiento de los derechos humanos, de los derechos políticos, sociales y económicos, y en particular de aquellos de naturaleza colectiva, tales como los derechos a la participación, transparencia y rendición de cuentas pública, a un desarrollo sostenible, a un ambiente saludable, al agua y salud, entre otros. Al mismo tiempo, los aspectos económicos, la discriminación histórica en nuestras sociedades, la falta de igualdad en cuanto a oportunidades, los sistemas educativos ineficientes, y las limitaciones institucionales y materiales, entre otros, se mantienen como factores significativos que restringen y limitan las posibilidades de detonar el incremento de nivel de vida en todos los ámbitos, y especialmente de una parte importante de la sociedad que permanece económica, social y políticamente vulnerable.

La necesidad de detonar un desarrollo económico más vigoroso y las oportunidades reales y percibidas que presentan la explotación de los recursos naturales, tales como los hidrocarburos o la minería, resurgen en un nuevo impulso en la región. Ello coincide con esta nueva época de derechos y participación social en los asuntos públicos. En este contexto, los tribunales en particular, al igual que otras instituciones encargadas de resolver o conciliar conflictos, se enfrentan a los retos de resolver estas tensiones. El caso de Monterrey VI es sólo un ejemplo de este tipo de problemas. Sin embargo, los tribunales para responder a estos desafíos deben revisarse constantemente e incorporar las mejores prácticas para fortalecer la calidad de sus procesos de toma de decisiones y las oportunidades de no únicamente acceder a la justicia, sino de acceder sustantivamente a la justicia: significando proveer a las partes la mejor oportunidad de ser completamente escuchados, que los conflictos sean completamente evaluados, y facilitar la producción de la mejor información posible para la toma de decisiones correctas y que efectivamente se puedan hacer cumplir.

## BIBLIOGRAFÍA

Ares, F. (2015). Monterrey VI ya inicio: Rodrigo Medina. El Horizonte en línea. Retrieved from: [http://elhorizonte.mx/a/noticia/554427/monterrey\\_vi\\_ya\\_esta\\_en\\_marcha\\_gobernador](http://elhorizonte.mx/a/noticia/554427/monterrey_vi_ya_esta_en_marcha_gobernador)

Armenta, H. (2014). Acueducto Monterrey VI: mitos y realidades. Forbes. Retrived from: <http://www.forbes.com.mx/acueducto-monterrey-vi-mitos-y-realidades/>

Centro Mexicano de Derecho Ambiental y el Instituto de Derecho Ambiental & Environmental Law Institute. (2013). La instrumentación del derecho constitucional al agua en México: recomendaciones para su regulación. México: Tinker Foundation Incorporated.

Clariond, E. (2015). Proceedings from JPAC Regular Session 15-01: Green Growth and Sustainable Competitiveness in North America. N.L., México: EGADE Business School.

Conagua, Semarnat. (2011). Atlas del agua en México 2011. Retrived from: <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/SGP-18-11.pdf>

Conagua, Semarnat. (2013). Programa Nacional Hídrico 2014-2018. Retrived from: <http://www.conagua.gob.mx/conagua07/contenido/documentos/PNH2014-2018.pdf>

Conagua, Semarnat. (2011). Situación del Subsector Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento. Retrieved from: <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Publicaciones/Publicaciones/SGAPDS-40-12.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, article 25, DOF 07-07-2014 (1917), reprinted as amended in DOF 07-07-2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, article 26, DOF 07-07-2014 (1917), reprinted as amended in DOF 07-07-2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, article 27, DOF 07-07-2014 (1917), reprinted as amended in DOF 07-07-2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, article 115, DOF 07-07-2014 (1917), reprinted as amended in DOF 07-07-2014.

Decreto por el que se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF: 08/02/2012 (2012).

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF: 10/06/2011 (2011).

DECRETO por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. DOF: 30/08/2011 (2011).

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. DOF: 20/12/2013 (2013).

Heinzerling, L (2006). Doubting Daubert. 14 J.L. & Pol'y 65.

Instituto Nacional de Geografía y Estadística. (2012). Censo General de Población y Vivienda 2000. Retrived from: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/glosario/default.aspx?clvglo=cp&c=14060&s=est>

Jurisprudencia. Contradicción de Tesis. Pleno de la SCJN. P./J. 20/2014 (SJF: 10ª época, abril, 2014). Retrieved from: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006224&Clase=DetalleTesisBL>

Jurisprudencia. Tesis XIX.5o.12 A (TCC: 9º época, enero, 2004. Retrieved from: [http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8f8cfd&Apendice=1000000000000&Expression=REQUISITO%2520DE%2520CONSULTA%2520P%25C3%259ABLICA&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=12&Epp=20&Des](http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8f8cfd&Apendice=1000000000000&Expression=REQUISITO%2520DE%2520CONSULTA%2520P%25C3%259ABLICA&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=12&Epp=20&Des)

de=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=182030&Hit=3&IDs=2005-071,166366,182030,188189,191647,203614,204888,209258,219013,221681,249381,812840&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=

Ley de Aguas Nacionales, article 124, DOF 11-08-2014 (1992), reprinted as amended in DOF 11-08-2014.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, article 5, 129. DOF 14-07-2014 (2013), reprinted as amended in DOF 14-07-2014.

Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, article 7, DOF 11-08-2014 (2014).

Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, article 6, 10, 28 DOF 07-06-2013 (2013).

Ley General del Equilibrio ecológico y la protección al ambiente, article 34, 40, 180, chapter VII. DOF 04-06-2012 (1988), reprinted as amended in DOF 04-06-2012.

Ley de Hidrocarburos, article 41, DOF 11-08-2014 (2014).

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. (2014). Hacer posible la reforma de la gestión del agua en México. Retrived from: [http://www.oecd.org/gov/regional-policy/Hacer%20Posible%20Reforma%20Agua\\_Mexico\\_Jan18.pdf](http://www.oecd.org/gov/regional-policy/Hacer%20Posible%20Reforma%20Agua_Mexico_Jan18.pdf)

North American Free Trade Agreement, article 116, DOF 20-12-1993 (1993).

Perez, C. (2014). Perspectiva para la Instrumentación del Derecho Humano al Agua desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México.

Presidencia de la República. (2013). Reforma Energética. Retrieved from: <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/explicacion.pdf>

Ramos, M. (2015). Llama IP A parar proyecto Monterrey VI. Reforma. Retrieved from: <http://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?id=480028&urlredirect=http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=480028>

Secretaría de Energía. (2012). Estrategia Nacional de Energía 2012-2026. Retrived from: [http://www.sener.gob.mx/res/PE\\_y\\_DT/pub/2012/ENE\\_2012\\_2026.pdf](http://www.sener.gob.mx/res/PE_y_DT/pub/2012/ENE_2012_2026.pdf)

Sentencia del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. Amparo en revisión. AR AD 381/2011 (2012).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acueducto Independencia. Amparo en Revisión 631/2012 (2013). Retrived from: [http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/12006310.025-1742\\_0.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/12006310.025-1742_0.pdf)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 154/2005 (2005). Retrieved from: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Primera%20sala/Novena%20%C3%A9poca/2005/20.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recurso de Inconformidad 49/2014 (2014). Retrieved from: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/14000490.016-2289.doc>

The right to water (Twenty-ninth session, 2003), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 105 (2003).

United States Energy Information Administration Mexico. (2014). Mexico is a mayor non-OPEC oil producer and is among the largest sources of U.S. oil imports. Retrived from: <http://www.eia.gov/countries/analysis-briefs/Mexico/mexico.pdf>

United Nations Water. (2012). UN-Water Country Brief. Retrived from: [http://www.unwater.org/fileadmin/user\\_upload/unwater\\_new/docs/Publications/MEX\\_pagebypage.pdf](http://www.unwater.org/fileadmin/user_upload/unwater_new/docs/Publications/MEX_pagebypage.pdf)

Vázquez, M. (2015). Monterrey VI está sustentado, dice Conagua. Pulso San Luis Potosí en línea. Retrieved from: <http://pulsoslp.com.mx/2014/12/19/monterrey-vi-esta-sustentado-dice-conagua/>.

World Resource Institute. (2014). Global Shale Gas Development: Water Availability & Business Risks. Retrieved from: <http://www.wri.org/publication/global-shale-gas-development-water-availability-business-risks>

World Wildlife Fund. (2007). Pipedreams? Interbasin water transfers and water shortages. Retrieved from: <http://www.panda.org/freshwater>



*Crecimiento Económico, Promoción de la Inversión, Protección Ambiental, Integración, Derecho Comparado, Desafíos, armonización.*

*La Constitución de la República de Cuba acoge entre sus postulados la protección al medio ambiente y no se concibe el crecimiento económico que provoque la pérdida de la diversidad biológica, la contaminación de las aguas y la degradación de los suelos.*

*La Ley No. 81 Del Medio Ambiente, dota de fuerza legal lo expresado anteriormente, mediante el establecimiento de la política ambiental cubana y las particularidades de la protección a las áreas específicas del medio ambiente.*

*Recientemente entraron en vigor la Ley No. 118, Ley de la Inversión Extranjera y el Decreto- Ley No. 313 De la Zona Especial de Desarrollo Mariel.*

*La Ley No. 118 refuerza la defensa del medio ambiente como patrimonio de la nación. En su artículo 20 dispone que no serán aprobadas aquellas inversiones que causen daños al mismo y su evaluación obligatoria, desde la óptica ambiental, por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, a diferencia de la ley 77 que sólo la indicaba para algunos casos.*

*El Decreto-Ley 313 crea la Zona Especial de Desarrollo Mariel que busca el fomento de las inversiones con factibilidad ambiental, que aporten tecnologías limpias y contribuyan al desarrollo local. El Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente es representante permanente en la Comisión que aprueba las propuestas de inversión, junto al Ministerio de Economía y Planificación y el Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera, entre otros.*

*Este trabajo pretende demostrar que pueden armonizarse el comercio, la inversión extranjera y la protección al medio ambiente. La experiencia cubana se extenderá al resto de Latinoamérica y el Caribe, como parte de los nuevos mecanismos de integración. Sería útil realizar un estudio comparado de la legislación de otros países de la región respecto a estos temas, con vistas a perfeccionar nuestro actuar ante los retos que se imponen.*

Según CAÑIZARES, se denomina comercio a la actividad económica que a través del cambio transfiera las mercancías de productores a consumidores o a otros productores<sup>285</sup>.

Esta actividad dirigida a satisfacer las necesidades materiales y espirituales del ser humano genera un sinnúmero de operaciones que implican acciones como el transporte de vehículos, la tala de árboles, la captura de especies animales y la emisión de gases a la atmósfera por mencionar algunas. El gran reto de la sociedad moderna es sin dudas llevar el comercio al más alto nivel de satisfacción de los actores que intervienen en él unido a la toma de un grupo de medidas que impidan que esta actividad ponga en riesgo las fuentes de riqueza del planeta y el derecho a vivir en un ambiente sano.

En Cuba la protección del medio ambiente no es una asignatura pendiente. La Constitución de la República de 1976, la acoge entre sus postulados, como fiel reflejo de la importancia que el Estado confiere al tema y a la educación de sus ciudadanos desde edades tempranas, en lo concerniente al cuidado y conservación de todo aquello que la naturaleza, de manera sabia y generosa nos brinda

Esta es la razón por la que el crecimiento económico del país no se concibe sin la adopción de medidas que impidan que la pujanza de las relaciones económicas, y la introducción de nuevas tecnologías, unido a una diversificación constante del escenario de actores en el mundo del comercio, den lugar a impactos como la pérdida de la diversidad biológica, la contaminación de las aguas y la degradación de los suelos, entre otros.

285 CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando. Derecho Comercial. EDITORIAL DE CIENCIAS SOCIALES, LA HABANA 2012. Primera Parte. Ep.II. p 43.

**La ley No. 81 de 11 de julio de 1997 Del Medio Ambiente**, fue promulgada para dotar de fuerza legal a las concepciones anteriores, mediante la definición y establecimiento de la política ambiental cubana, los instrumentos para su implementación y gestión y las particularidades de la protección a las áreas específicas del medio ambiente.

Como aspecto significativo, esta ley dispuso el otorgamiento por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de la licencia ambiental para toda actividad o proyecto de obra susceptible de provocar daños al medio ambiente. Como complemento de la misma, fueron dictadas sendas resoluciones que establecieron el Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, como vía para la obtención de la mencionada licencia<sup>286</sup>.

Dentro del complejo mundo del comercio se destaca la inversión como método para diversificar producciones y acceder a nuevos mercados y tecnologías novedosas con vistas a elevar la calidad de vida del hombre.

Como expresa CAÑIZARES la inversión está presente entonces (...) cuando una riqueza sustraída al consumo se gasta en bienes instrumentales como máquinas materias primas, etc o en servicios productivos (...) <sup>287</sup>. El propio autor clasifica a la inversión como pública o privada de acuerdo al sujeto que la realiza y autónoma o inducida según lo móviles que la determinan. También puede ser nacional o extranjera siendo esta última una opción ventajosa sobre todo para los países en desarrollo que acuden a la inyección de capitales para mejorar la calidad de productos y servicios, crear nuevos puestos de trabajo y modernizar la industria<sup>288</sup>.

En Cuba la inversión extranjera despuntó en la década del 80 con la constitución de empresas mixtas cubanas y extranjeras y otras formas de asociación económica internacional. El respaldo legal a estas sociedades derivadas de la inversión extranjera vino con la promulgación del **Decreto-Ley No. 50 de 15 de febrero de 1982. "Sobre Asociaciones Económicas entre Entidades Cubanas y Extranjeras"**.

Según el Decreto- Ley, estas asociaciones se creaban para llevar a cabo actividades lucrativas que coadyuvaran al desarrollo del país y entre otras formas podían adoptar la de empresas mixtas. Además regulaba todo lo relativo a la creación de las mismas, los aspectos financieros mercantiles y el régimen laboral pero en modo alguno se hacía referencia a la protección del medio ambiente de los efectos que sin duda provocarían las actividades desarrolladas por dichas empresas. El derrumbe del campo socialista y el recrudecimiento del bloqueo económico contra Cuba por los Estados Unidos de América unido a la globalización de la economía mundial llevaron a nuestro estado a efectuar cambios en la esfera económica, en particular, se inició un nuevo proceso de estimulación de la inversión de capital extranjero en Cuba, diversificando sus formas y radio de acción. Así vió la luz la **Ley. 77 de 5 de septiembre de 1995 "Ley de la Inversión Extranjera"**<sup>289</sup>.

El objeto de esta ley buscaba promover e incentivar la inversión extranjera en la República de Cuba para llevar a cabo actividades lucrativas que fortalecieran la capacidad económica del país y contribuyeran a su desarrollo sostenible sobre la base del respeto a la independencia y la soberanía nacional y de la protección y uso racional de los recursos naturales.

Así, el estado cubano dejaba bien claro desde el preámbulo de la norma que la inversión de capital foráneo no podía convertirse en depredador de nuestros ríos, playas, bosques y otros recursos naturales, por muchos beneficios que aportaran a la economía nacional y que el causante de algún tipo de daño al medio ambiente estaba obligado a resarcirlo<sup>290</sup>.

Sin embargo la aprobación de los **Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución**, en fecha 18 de abril de 2011 reforzaron la necesidad de atemperar la legislación en materia de inversión extranjera al proceso de actualización del modelo económico cubano. Específicamente, el lineamiento 129 de la Política de Ciencia, Tecnología, Innovación y Medio Ambiente se refiere al diseño de una política integral, que eleve la eficiencia económica, amplíe las exportaciones y sustituya las importaciones,

286 Resoluciones No. 77 de 28 de julio de 1999 y No. 132 de 11 de agosto de 2009 del Ministro de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

287 CAÑIZARES ABELEDO Ob cit. Segunda Parte. Ep XIX. p 255

288 CAÑIZARES ABELEDO Ob cit. Segunda Parte. Ep XIX. pp 255-257 28 Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995 "Ley de la Inversión Extranjera" Gaceta Oficial Extraordinaria No.3 de 6 de septiembre de 1995.

290 Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995 "Ley de la Inversión Extranjera" Cap. XIV.

protegiendo el entorno, el patrimonio y la cultura nacionales. Así se refuerza la importancia de lo dispuesto en la legislación vigente en materia medioambiental y el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente adquiere el protagonismo que reclama la misión que le ha sido asignada.

En respuesta a lo expresado anteriormente es promulgada la **Ley No. 118 De la Inversión Extranjera**<sup>291</sup>, que en sus primeros artículos dispone que no serán aprobadas aquellas inversiones que causen daños al mismo y establece la obligatoriedad de someter cada propuesta a la consideración del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, a fin de evaluar su conveniencia desde la óptica ambiental a diferencia de la norma anterior, que sólo la indicaba para algunos casos.

Este ciclo viene a cerrarse con la promulgación del **Decreto-Ley 313 De la Zona Especial de Desarrollo Mariel**, creada entre otros fines para atraer la inversión extranjera, generar exportaciones, promover la sustitución de importaciones y crear nuevos puestos de trabajo. En estrecho nexo con lo dispuesto en la nueva Ley de Inversión Extranjera, en la Zona Especial de Desarrollo Mariel se fomentan aquellas inversiones con factibilidad ambiental, que aporten tecnologías limpias y contribuyan al desarrollo local<sup>292</sup>.

La Zona Especial de Desarrollo Mariel es dirigida por una oficina, que tiene entre sus funciones cumplir y hacer cumplir todas las medidas referentes a la protección de los recursos naturales., por parte de concesionarios y usuarios de dicha zona.

El Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente se encuentra entre los representantes permanentes de la comisión que evalúa las solicitudes de establecimiento en la zona de concesionarios y usuarios y sus dictámenes constituyen material de consulta obligatoria para la oficina que dirige la Zona Especial de Desarrollo. Precisamente, la Ministra de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente este dictó la **Resolución No. 150 de fecha 20 de septiembre de 2013 Regulaciones para la realización del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental en la Zona Especial de Desarrollo Mariel**, que contiene un procedimiento específico para esta actividad en dicha zona especial.

## Analicemos ahora la relación entre la protección al medio ambiente y la inversión extranjera en algunos países de América Latina.

### BOLIVIA

La **Ley de Medio Ambiente de Bolivia** define al medio ambiente y los recursos naturales como patrimonio de la nación. Asimismo, entre otras cuestiones, establece la política ambiental, el marco institucional, define cuáles son los actos que degradan el medio ambiente y dispone la Evaluación de Impacto Ambiental para toda obra o actividad susceptible de provocar esta degradación, proceso que concluye con la llamada Declaratoria de Impacto Ambiental (DIA)<sup>293</sup>.

Por otra parte dispone las medidas para la protección de los recursos naturales en general, para los recursos naturales no renovables,

las áreas protegidas y los recursos energéticos. La Secretaría Nacional de Medio Ambiente (SENMA) es el órgano encargado de formular y dirigir la política nacional de medio ambiente y entre sus funciones se encuentran las de aprobar, rechazar y controlar los estudios de Evaluación de Impacto Ambiental de carácter nacional<sup>294</sup>.

En este país nos encontramos con la **Ley de Promoción de Inversiones**, que dispone todo lo concerniente al marco legal del proceso inversionista, se definen a los sujetos que participan en éste y los principios sobre los que se sustenta la norma, destacando el control del estado sobre el proceso inversionista ya sea con sujetos nacio-

nales o con participación extranjera, pública o por iniciativa privada.

Sin embargo, con respecto a la protección de medio ambiente, la ley sólo dispone como uno de sus principios, que el programa inversionista debe ejecutarse respetando a la Madre Tierra<sup>295</sup>. Llama la atención este particular cuando el estado aprueba la inversión extranjera en cualquier sector económico del país con vistas a erradicar la pobreza y las desigualdades económicas, sociales y regionales.

Precisamente porque el estado boliviano tiene la voluntad de incentivar aquellas iniciativas públicas o privadas en la esfera agropecuaria, industrial, de minería o forestal

291 Ley No. 118 de 29 de marzo de 2014 " Ley de la Inversión Extranjera " Gaceta Oficial No.20 Extraordinaria de fecha 16 de abril de 2014.

292 Decreto-Ley 313 de 19 de septiembre de 2013 "De la Zona Especial de Desarrollo Mariel" Gaceta Oficial 026 Extraordinaria de 23 de septiembre de 2013.

293 Ley No. 1333 de 27 de abril de 1992. Art. 26

294 Cap II. Art 7.

295 Ley No. 516 de 4 de abril de 2014. Art 3 inc.E

dirigidas a la protección al medio ambiente y el desarrollo sostenible<sup>296</sup> consideramos que es insuficiente el tratamiento a la protección de la tierra y a la biodiversidad.

## NICARAGUA

La República de Nicaragua promulgó la Ley General de Medio Ambiente y los Recursos Naturales<sup>297</sup>. Esta disposición, pese a definir el ambiente como patrimonio de la nación como su par boliviana, dedica una sección al tratamiento ambiental en las inversiones públicas y dentro del título dedicado a los recursos naturales, las normas comunes para obtener derechos de uso y aprovechamiento de los mismos.<sup>298</sup> También en este título encontramos disposiciones específicas para el uso y aprovechamiento de la diversidad biológica.

De la problemática ambiental se ocupa la Comisión Nacional del Ambiente, de la que forma parte, entre otros organismos, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, que es además quien lo preside y es el ente regulador y normador de la política ambiental del país.

**En la ley No. 344 Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras** de fecha 24 de mayo de 2000, el estado refrenda los derechos y obligaciones de los inversionistas, define el concepto de capital y la solución de las controversias relacionadas con la inversión extranjera, pero no encontramos una referencia específica a la protección del medio ambiente y los recursos naturales. En el reglamento de la ley si se contempla este aspecto dentro de las obligaciones del inversionista.<sup>299</sup>

## ECUADOR

En Ecuador se encuentra vigente la **Ley de Gestión Ambiental**<sup>300</sup> que establece los principios y directrices de la política ambiental, la responsabilidad del sector público y privado en la gestión ambiental y el régimen de controles y sanciones a las infracciones del medio ambiente y los recursos naturales. Especial mención se realiza al término desarrollo sustentable como garantía de conservación del patrimonio y los recursos naturales.

La Autoridad Ambiental Nacional es el Ministerio del ramo, quien se encarga de coordinar, dirigir y con-

trolar el llamado Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, que tiene entre sus funciones aprobar los planes y proyectos nacionales para la gestión ambiental y determinar aquellas actividades y proyectos que requieran la realización de un estudio de impacto ambiental. En concordancia con lo antes expuesto, en el Título III denominado Instrumentos de la Gestión Ambiental se trata el tema de los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos al medio ambiente.

**La Ley de Promoción y Garantía de Inversiones**<sup>301</sup> tiene como objeto promover la misma como contribución efectiva al desarrollo económico y social del país, el crecimiento de áreas productivas y el uso de tecnologías adecuadas entre otros aspectos, pero en ella nos encontramos, al igual que en la norma nicaragüense, poco respaldo a la Ley de Gestión Ambiental en materia de inversión extranjera. Aquí solo se dispone la obligación de inversionistas nacionales y extranjeros de preservar el medio ambiente y los recursos naturales así como restituir los daños causados al mismo.<sup>302</sup>

Aún cuando se prevé la prohibición por el estado de la continuación de la actividad de una empresa causante de daños al medio ambiente, consideramos que el legislador debió profundizar y ampliar el tratamiento a este tema sobre todo en la inversión extranjera, habida cuenta de los valiosos recursos naturales con que cuenta ese país.

Nuestro modesto criterio, a modo de conclusión del presente trabajo, es que los estados cuya legislación en materia ambiental y de inversión extranjera hemos estudiado, deben revisar y actualizar dichas disposiciones buscando el justo equilibrio entre el progreso de nuestros pueblos y el cuidado y conservación de nuestros recursos naturales, muchos de ellos, declarados patrimonio de la humanidad y que hoy se encuentran en riesgo de no poder ser disfrutados por las generaciones futuras. Precisamente hoy, en Cuba, el estado persigue el incremento y consolidación de la actividad de la inversión extranjera pero siempre sobre la base de emitir cuantas disposiciones jurídicas sean necesarias con vistas a preservar lo que es orgullo de todos los cubanos: un ambiente sano, plétórico de bellezas y recursos naturales que garantizan el desarrollo sustentable del país.

296 Cap II. Art 90  
297 Ley No. 217 de 27 de marzo de 1996.  
298 Cap II. S. VIII. Art. 46  
299 Decreto 74-2000 Reglamento de la Ley No. 344 Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras.  
300 Ley de Gestión Ambiental. Registro Oficial Suplemento 418 de 10-septiembre-2004.  
301 Ley No. 46 RO/219 de 19 de diciembre de 1997 Ley de Promoción y Garantía de Inversiones.  
302 Título VIII. Art 29.



### **III. PREVENCIÓN Y MANEJO DE CONFLICTOS EN RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS**

La coexistencia física en la tierra inevitablemente implica compartir los recursos naturales aunque compartir fronteras podría implicar compartir bosques, los ecosistemas y los recursos hídricos, el compartir recursos no sólo se limita exclusivamente a compartir fronteras geográficas. La tierra como recurso común invariablemente dictamina que todos los países y sus ciudadanos utilicen colectivamente los recursos naturales; esto se debe lograr a través de una gestión responsable y adecuada de los mismos. El aumento en el número y en la intensidad de los desastres actualmente experimentados por la región afecta la disponibilidad y acceso a los recursos naturales generando como resultado tensiones que destacan la necesidad de una gestión adecuada de los recursos naturales, incluyendo los recursos compartidos a través de la consideración de principios sobre la gestión ambiental y el derecho internacional. Los extractos sobre este tema consideran esquemas innovadores para el manejo de los recursos compartidos y herramientas de prevención.

## 3.1 La responsabilidad colectiva para la gestión adecuada de los recursos marinos

Cymie R. Payne



Fondos Marinos; erga omnes; bienes comunes globales; medio marino; Derecho del Mar; UNCLOS

*El derecho internacional reconoce que existe un interés colectivo en la protección del medio marino. Este artículo trata la inceptión del principio erga omnes (derechos u obligaciones frente a toda la comunidad internacional) en la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del derecho del mar y en sus observaciones. El artículo también evalúa el desarrollo de las doctrinas sobre el interés colectivo y su aplicación, y luego considera la forma en que este principio se puede aplicar para proteger los recursos de los océanos con respecto a las regulaciones de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos para la explotación de recursos marinos en la profundidad de los fondos marinos.*

*El derecho internacional reconoce que existe un interés colectivo en la protección del medio marino. La opinión consultiva del Tribunal Internacional del derecho del mar (ITLOS por sus siglas en inglés) afirmó el carácter erga omnes de las obligaciones de los recursos de los fondos marinos en lo relativo a la responsabilidad del Estado y las obligaciones por las actividades de minería en la Zona de los fondos marinos internacionales ("la zona" definida como los fondos marinos y el subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional)". La nueva opinión consultiva del Tribunal sobre la pesca ilegal (abril de 2015) debe definir, aún más, las obligaciones legales relacionadas a los recursos comunes. La naturaleza de patrimonio común de los recursos marinos implica que todos los estados comparten estos derechos. Sin embargo, los derechos y obligaciones de los Estados para hacer cumplir la gobernanza de los recursos de alta mar deben aclararse. Este trabajo se plantea el surgimiento del principio erga omnes en la Corte Internacional de Justicia, el desarrollo del interés colectivo y doctrinas coercitivas colectivas, y luego considera la forma en cómo se puede aplicar para proteger los recursos oceánicos. El reciente trabajo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre los reglamentos para la explotación de los recursos minerales en los fondos marinos puede ser discutido como un ejemplo de una organización internacional que coordina a los Estados que están patrocinando la minería en las regiones de alta mar, tal como profundos movimientos mineros mar que van desde el estado experimental hasta el industrial, a gran escala. El documento finaliza con el examen de la legalidad de los Estados que actúan solos o en asociación para ejercer los derechos colectivos.*



*Este trabajo se plantea el surgimiento del principio erga omnes en la Corte Internacional de Justicia, el desarrollo del interés colectivo y doctrinas coercitivas colectivas, y luego considera la forma en cómo se puede aplicar para proteger los recursos oceánicos. El reciente trabajo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre los reglamentos para la explotación de los recursos minerales en los fondos marinos puede ser discutido como un ejemplo de una organización internacional que coordina a los Estados que están patrocinando la minería en las regiones de alta mar, tal como profundos movimientos mineros mar que van desde el estado experimental hasta el industrial, a gran escala. El documento finaliza con el examen de la legalidad de los Estados que actúan solos o en asociación para ejercer los derechos colectivos.*

### INTRODUCCIÓN

La profundidad de los fondos marinos es un área común de la humanidad sujeta a la gobernanza colectiva por parte de la comunidad internacional. También es objeto de la extracción de recursos. A medida que la minería en el subsuelo de los fondos marinos avanza de una fase experimental a escala industrial completa, pone a prueba la capacidad de supervisión de cada estado que patrocina la minería en las regiones de alta mar. La convención del Derecho del Mar (UNCLOS)<sup>303</sup> y el derecho internacional establecen consecuencias

303

United Nations, The Law of the Sea: Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index, Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Introductory Material on the Convention and Conference, U.N. Pub. Sales No. E.83.V.5 (1983).

para cuando un Estado falle en asegurar el cumplimiento de medidas apropiadas por parte de las compañías que operen bajo su patrocinio y causen daños al medio marino. Sin embargo en las áreas que están fuera de la jurisdicción nacional, ¿cuál es el alcance de la responsabilidad de los Estados? Y, ¿cómo se asegura que haya consecuencias en cuanto a los daños a los recursos comunes? Por ejemplo, ¿podría un Estado utilizar medidas de aplicación y cumplimiento<sup>304</sup> contra otro Estado que viole una obligación internacionalmente reconocida frente a la comunidad internacional?<sup>305</sup> Si esto fuera posible, ¿cuáles serían los límites? Más importante aún, la experiencia ha demostrado que primordialmente, la prevención del daño es más valiosa. La aplicación y cumplimiento de medidas preventivas es un desafío particular con relación a los recursos comunes, cuando una obligación de carácter *erga omnes* – frente a todos – no puede ser implementada por nadie.

Cuando el ITLOS afirmó en 2011 en su Opinión Consultiva<sup>306</sup> que los Estados que patrocinen actividades mineras en los fondos marinos profundos fuera de la jurisdicción nacional (“la zona”)<sup>307</sup> tienen las obligaciones jurídicas frente a toda la comunidad internacional, se basó en la declaratoria de la Comisión de Derecho Internacional (ILC, por sus siglas en inglés) sobre derecho internacional consuetudinario<sup>308</sup>. El derecho internacional reconoce que hay un interés colectivo de la comunidad internacional en la protección del medio marino basado tanto en el derecho de los tratados como en el derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo el “Institut de Droit International” ha indicado que los Estados contraen obligaciones con relación al medio ambiente de espacios comunes “ante la comunidad internacional, vistos sus valores comunes y su preocupación en cuanto al cumplimiento, de modo que el no cumplimiento con dichas obligaciones faculta el accionar de los Estados”.<sup>309</sup> Estas obligaciones *erga omnes* difieren de la mayoría de las obligaciones internacionales, que generalmente son entre un Estado y otro.

La naturaleza de patrimonio común de los fondos marinos profundos en áreas fuera de la jurisdicción nacional, como se indica en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (LOSC, por sus siglas en inglés), implica que todos los Estados comparten derechos y obligaciones relacionados con este interés común. El alcance de este artículo se limita a la alta mar, y no trata sobre qué tipo de interés jurídico podrían tener los Estados sobre los recursos oceánicos que se encuentran dentro de su jurisdicción marítima.

La tarea de administrar las actividades en la Zona es responsabilidad de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA, por sus siglas en inglés), que comenzó a desarrollar normas para la explotación de los minerales de los fondos marinos profundos en 2014. Los reglamentos de la ISA para las etapas preliminares de la prospección y exploración La naturaleza de patrimonio común de los fondos marinos profundos en áreas fuera de la jurisdicción nacional, como se indica en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (LOSC, por sus siglas en inglés), implica que todos los Estados comparten derechos y obligaciones relacionados con este interés común. El alcance de este artículo se limita a la alta mar, y no trata sobre qué tipo de interés jurídico podrían tener los Estados sobre los recursos oceánicos que se encuentran dentro de su jurisdicción marítima.

La tarea de administrar las actividades en la Zona es responsabilidad de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA, por sus siglas en inglés), que comenzó a desarrollar normas para la explotación de los minerales de los fondos marinos profundos en 2014. Los reglamentos de la ISA para las etapas preliminares de la prospección y exploración están ya en vigor. La reglamentación de la exigencia de la evaluación ambiental para la minería (explotación) tiene el potencial de ser un componente importante de un régimen de gobernanza más amplio para la prevención de daños al medio marino. La aclaración por parte de la ISA de los derechos y obligaciones de los Estados en cuanto a hacer cumplir un régimen de gobernabilidad de los fondos marinos y los recursos relacionados de alta mar pondrá a prueba la doctrina de los derechos y obligaciones de la comunidad internacional.

---

304 El término ‘Aplicación’ se utiliza para abarcar las medidas preventivas y aquellas medidas que responden a los incumplimientos de la ley; distinto de su significado en el contexto de la Carta de la ONU. Cf. Christian J. Tams, los Estados Individuales como guardianes de los intereses comunitarios, en *Del Bilateralismo al Interés Comunitario: Ensayos en honor de Bruno Simma* (U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, and C. Vedder, eds., Oxford 2011)

305 El tema de este artículo es solamente los Estados. Algunos podrían argumentar que la expresión “comunidad internacional” debe ser definida más ampliamente para incluir a las organizaciones internacionales y los actores no estatales. Philippe Sands, *Principios de Derecho Internacional Ambiental* 189 (Cambridge 2d ed. 2007) en pp. 191 - 195. La sensibilidad a los derechos y obligaciones de lo que utilizan los fondos marinos se evidencia en los informes de Sindhi Lee Van Dover de códigos voluntarios adoptados por los investigadores de los fondos marinos profundos (Laurent Godet, Kevin A. Zelnio, and Cindy L. Van Dover, *Scientists as Stakeholders in Conservation of Hydrothermal Vents*, 25:2 *Conservation Biology* 214-222 (2011)) y las compañías mineras (International Marine Minerals Society, *Code for Environmental Management*, published by the International Seabed Authority as ISBA/16/LTC/2 (2010).

306 Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 17, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, International Tribunal for the Law of the Sea (Feb. 1, 2011).

307 LOSC, artículo 1(1), define la “Zona” como “los fondos marinos y oceánicos y subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional”

308 The Institut de Droit International, *Resolution on Obligations erga omnes in international law*, article 1 (2005).

Los fondos marinos profundos se encuentran en un lugar que difícilmente sea visitado por cualquier ciudadano. A través del sistema Oceánico de dorsales del Atlántico, del Pacífico, del Caribe y del océano Índico fluidos del Océano ricos en minerales son emitidos desde los respiraderos submarinos a temperaturas que van desde 25 hasta 350 ° C, a profundidades que alcanzan unos 4000 a 6000 metros bajo la superficie del mar<sup>310</sup>. En 1976 el mundo se sorprendió al enterarse de que estas fuentes hidrotermales son una fuente de energía que muchas formas de vida han utilizado en el desarrollo de ecosistemas complejos y variados sin la luz solar o la fotosíntesis<sup>311</sup>. Los respiraderos son también sitios donde los minerales fundidos que emergen desde abajo de la corteza terrestre, se endurecen y forman depósitos en los fondos marinos. Hay planicies abismales donde los minerales precipitan fuera del agua del mar para formar hierro, manganeso, níquel, nódulos de cobre y costras ricas en cobalto que contienen minerales valiosos. La respuesta de las ecologías de los fondos marinos profundos a los impactos antropogénicos oscila desde frágil a robusta. Si bien la expectativa es que los sistemas de ventilación hidrotermal sean relativamente resistentes, los ecosistemas de la planicie abismal donde se encuentran nódulos polimetálicos se consideran vulnerables a las perturbaciones<sup>312</sup>.

Sin embargo, el nivel de conocimiento sobre los fondos marinos profundos es tan limitado que la realidad es que no se sabe que existe allí u como respondería a los efectos de la minería.

Los intereses mineros basados en varios países están comenzando a explorar y tienen la intención de explotar los minerales de los fondos marinos profundos. La Autoridad internacional de los Fondos Marinos ha suscrito más de 20 contratos de exploración con países como Rusia, China, Japón, Alemania, el Reino Unido y Francia<sup>313</sup>. La expectativa es de recuperar cantidades económicamente valiosas de oro, cobre y otros minerales. Los riesgos ambientales, en la medida en que puedan ser identificados, en esta etapa inicial de la investigación en alta mar, resultarían de la perturbación crónica esperada de los fondos marinos profundos y la posible contaminación de la columna de agua adyacente, así como la contaminación y el riesgo de accidentes de buques y otros equipos<sup>314</sup>. Actualmente, al haberse materializado aun ni la riqueza potencial ni el riesgo de daño ambiental<sup>315</sup>, las empresas mineras privadas y estatales esperan llevar a cabo sus actividades en un marco jurídico acordado internacionalmente, ya que gran parte de los fondos marinos están más allá de la jurisdicción nacional y en una zona considerada un bien común global.

Patrimonio común no siempre significa acceso abierto al pastoreo con incentivos perversos como fue descrito por Garret Hardin<sup>316</sup>. En los instrumentos jurídicos y académicos podría referirse a las zonas comunes, preocupaciones comunes, o a un legado común<sup>317</sup>.

Cada uno de estos términos tiene connotaciones diversas y en evolución. Las zonas comunes son aquellos lugares situados más allá de los límites jurisdiccionales nacionales, como la Antártida y la alta mar; que a veces son referidas como “propiedad común” o res communis. La Preocupación común<sup>318</sup> cambia el enfoque del lugar al problema: el cambio climático, la pérdida de la biodiversidad, y la destrucción del medio ambiente derivada de los conflictos armados son las preocupaciones ambientales que afectan a la comunidad internacional y hacerles frente requiere de la cooperación<sup>319</sup>. El concepto de patrimonio común de la

310 La información, incluyendo los mapas de los fondos marinos, se encuentra disponible en: <http://www.isa.org.jm>. Para obtener una descripción de la biota de los fondos marinos: Cindy Lee Van Dover, *Depths of Ignorance*, 14:9 *Discover* 37-39 (1993). Salvatore & Charlotte Salpin, *Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects* (UNU-IAS, 2005) at 9.

311 Carolyn Searce, *Hydrothermal Vent Communities*, *CSA Discovery Guides* (CSA 2006), available at: <http://www.csa.com/discoveryguides/vent/review.pdf>.

312 Lisa W. Drew, *The Promise and Perils of Seafloor Mining: Can minerals be extracted from the seafloor without environmental impacts?* 47:3 *Oceanus* (2009), Originally published online November 20, 2009, available at: <https://www.who.edu/oceanus/feature/the-promise-and-perils-of-seafloor-mining>; Alexis Khripounoff, Jean-Claude Caprais, Philippe Crassous and Joël Etoubleau, *Geochemical and biological recovery of the disturbed seafloor in polymetallic nodule fields of the Clipperton-Clarion Fracture Zone (CCFZ) at 5,000-m depth*, 51(5) *Limnol. Oceanogr.*, (2006) 2033–2041 (las propiedades físicas y químicas de los sedimentos perturbaron 26 años previos de observaciones y no cambiaron significativamente a lo largo del tiempo y no han mostrado señales de recuperación; los samples han demostrado que la fauna bentónica se ha recuperado).

313 International Seabed Authority website, available at: <https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>; see also, *Nautilus Minerals* web site at: <http://www.nautilusminerals.com/s/Clarion-Clipperton.asp>.

314 Lisa W. Drew, *The Promise and Perils of Seafloor Mining: Can minerals be extracted from the seafloor without environmental impacts?*, 47:3 *Oceanus* (2009), Originally published online November 20, 2009, available at: <https://www.who.edu/oceanus/feature/the-promise-and-perils-of-seafloor-mining>.

315 Lisa W. Drew, *The Promise and Perils of Seafloor Mining: Can minerals be extracted from the seafloor without environmental impacts?*, 47:3 *Oceanus* (2009), Originally published online November 20, 2009, available at: <https://www.who.edu/oceanus/feature/the-promise-and-perils-of-seafloor-mining>.

316 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243-1248 (1968).

317 ILC rapporteur Shinya Murase reviewed these concepts for the topic ‘protection of the atmosphere’ in his first report. *International Law Commission, First Report on the Protection of the Atmosphere*, UN Doc. A/CN.4/667 (2014) paras 86-90.

318 UN General Assembly Resolution 43/53, *Protection of global climate for present and future generations of mankind* (1988) para. 1 (‘Recognizes that climate change is a common concern of mankind, since climate is an essential condition which sustains life on earth.’); 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change, preamble. The International Law Commission debated ‘the application of the concept ‘common concern of humankind’ to characterize the legal status of the atmosphere rather than either res communis or common heritage of mankind,’ a position with supporters and detractors. *International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 66<sup>th</sup> Session*, UN Doc A/69/10, paras. 84, 104-109 (2014).

319 Jutta Brunnée, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (D. Bodansky, J. Brunnée, and E. Hey, eds., Oxford 2007). Peter H. Sand, *Environmental Damage Claims from the 1991 Gulf War: State Responsibility and Community Interests in From Bilateralism to Community Interest*. Gabčíkovo-Nagyymaros Project (Hung v Slov), 1997 ICJ Rep. 7, sep op Weeramantry.

humanidad se convirtió en un concepto muy conocido durante las negociaciones sobre derecho del mar en la década de 1970, sobre todo por la firme convicción de los derechos de los países en desarrollo a participar de los beneficios del medio marino<sup>320</sup>; ahora el concepto está consagrado en la (LOSC) como atribuible a los fondos marinos profundos en zonas fuera de la jurisdicción nacional<sup>321</sup>. Mientras los economistas se han centrado en el libre acceso a los bienes comunes globales y han insistido en que la gobernanza solo podrá lograrse a través de la privatización o la intervención del gobierno, las perspectivas legales contemporáneas también incorporan los conceptos de responsabilidades y derechos colectivos. Por otro lado, la investigación sobre las instituciones para la acción colectiva dirigida por Ostrom, Young, McCay y otros demuestra que la descripción de Hardin de los bienes comunes es simplista y que pequeños cambios en las condiciones (como la comunicación cara a cara entre los participantes) pueden producir resultados casi óptimos<sup>322</sup>. Brunnée subraya con razón que la gobernabilidad de estos bienes comunes mundiales es difícil de capturar en el marco estándar del derecho internacional centrado en el estado.

El concepto que motiva este estudio es la necesidad de comprender cómo los derechos colectivos y responsabilidades sobre los bienes comunes mundiales se han desarrollado y su capacidad de respuesta a las necesidades de la era del Antropoceno<sup>323</sup>. Las influencias humanas han causado un cambio ecológico profundo a medida que el mundo “vacío” (donde las actividades de una población humana estimada en aproximadamente 8 millones de personas en 8000 A.C. tuvieron relativamente poco impacto en el resto del planeta) ha sido sustituido por nuestro mundo “lleno” (donde la tecnología avanzada y la producción de bienes de consumo de energía y de 6,8 mil millones de personas ha cambiado radicalmente la atmósfera y la biosfera, en la escala de la transformación provocada por los primeros organismos fotosintéticos)<sup>324</sup>.

El reto para los sistemas de gobernanza es adaptarse al cambio de circunstancias a raíz de la tecnología, el crecimiento en el consumo y la población para alcanzar las metas que incluyen la preservación de la funcionalidad, de ecosistemas completos y otros indicadores de sostenibilidad.

Los fondos marinos profundos ofrecen un caso de estudio útil de cómo un bien común mundial sujeto recientemente a las presiones de la tecnología y de la población podría estar regidos por el estado de derecho. Mientras que la región sigue siendo remota y, en general no afectada por la actividad humana, las nuevas tecnologías de extracción y comercialización de minerales de los fondos marinos profundos están aumentando tanto en número, como en intensidad los impactos humanos, convirtiéndolos en un ejemplo de un problema de un mundo “lleno”. Los intereses de los actores involucrados son diversos; tienen que ver con las ganancias en dinero que resultarán a partir de la extracción de recursos; con el control sobre los recursos minerales críticos, con la extracción recursos genéticos termófilos, y la conservación de los ecosistemas marinos vírgenes por razones científicas y éticas<sup>325</sup>. El marco jurídico para los océanos consiste en una gama de instrumentos multilaterales, el derecho internacional consuetudinario y el derecho administrativo innovador mundial.

Esta investigación aplica el análisis doctrinario del principio “*erga omnes*”, como se ha desarrollado a través de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, la Sala de Controversias sobre los Fondos

- 
- 320 Arvid Pardo, Thirteenth Statement to the Committee on the Peaceful Uses of the Seabed and the Ocean Floor, 23 March 1971 in *The Common Heritage: Selected Papers on Oceans and World Order 1967-1974* (Malta University Press 1975) at p. 223, see also p. 202.
- 321 LOSC, article 136. See also, 1972 UNESCO Convention on the Protection of the World Cultural and Natural Heritage; the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies; and the 1997 Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. Hague Academy of International Law – Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, *The Cultural Heritage of Mankind* (James Nafziger & Tullio Scovazzi, eds, Brill 2008). For some, the specificity of the LOSC article 136, which states ‘The Area and its resources are the common heritage of mankind.’ and article 133, which defines resources, for the purposes of this part of the LOSC, as ‘all solid, liquid or gaseous mineral resources in situ in the Area at or beneath the seabed, including polymetallic nodules’, excludes biological resources from the ‘common heritage’. Arico & Salpin at p. 7. Considering the much broader use of the term in international law, this does not seem a supportable position.
- 322 Elinor Ostrom, A diagnostic approach for going beyond panaceas, *PNAS*, vol. 104 no. 39, 15181–15187, 15183 (2007); Bonnie J. McKay, *The Ocean Commons and Community*, 74 *Dalhousie Review* 310 (1994-1995).
- 323 Se describe Antropoceno como “una nueva era geológica, marcada por los cambios climáticos y ambientales causados por los seres humanos. .’ Michael Balter, *Archaeologists say that the ‘Anthropocene’ is here - but it began long ago*, 340 *Science* 261-262 (2013) (discussing the various starting points for the Anthropocene that are recommended by various scientific disciplines). See also F. Biermann, K. Abbott, S. Andresen, K. Bäckstrand, S. Bernstein, M. M. Betsill, H. Bulkeley, B. Cashore, J. Clapp, C. Folke, A. Gupta, J. Gupta, P. M. Haas, A. Jordan, N. Kanie, T. Klu vánková-Oravská, L. Lebel, D. Liverman, J. Meadowcroft, R. B. Mitchell, P. Newell, S. Oberthür, L. Olsson, 2 P. Pattberg, R. Sánchez-Rodríguez, H. Schroeder, A. Underdal, S. Camargo Vieira, C. Vogel, O. R. Young, A. Brock, R. Zondervan, *Navigating the Anthropocene: Improving Earth System Governance*, 335 *Science* 1305-06 (calling for, inter alia, strengthening ‘the integration of the social, economic, and environmental pillars of sustainable development, from local to global levels’ and closing ‘remaining regulatory gaps at the global level’).
- 324 U.S. Census Bureau, *International Database*. [check cite] Rockström, J., W. Steffen, K. Noone, Å. Persson, F. S. Chapin, III, E. Lambin, T. M. Lenton, M. Scheffer, C. Folke, H. Schellnhuber, B. Nykvist, C. A. De Wit, T. Hughes, S. van der Leeuw, H. Rodhe, S. Sörlin, P. K. Snyder, R. Costanza, U. Svedin, M. Falkenmark, L. Karlberg, R. W. Corell, V. J. Fabry, J. Hansen, B. Walker, D. Liverman, K. Richardson, P. Crutzen, and J. Foley *Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity*. *Ecology and Society* 14(2): 32 (2009), [online] URL: <http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>; updated by Steffen et al. *Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet*. *Science*, January 2015.
- 325 Cindy Lee Van Dover, *Tighten Regulations on Deep-Sea Mining*, 470 *Nature* 31-33 (2011). <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/northamerica/usa/1439628/Lost-worlds-of-the-ocean-threatened-by-trawlers.html>



Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y la Comisión de Derecho Internacional. Se traza el desarrollo del interés colectivo y las doctrinas de aplicación y cumplimiento colectivos y, a continuación, se examina cómo la doctrina se puede aplicar a los recursos oceánicos. El trabajo inicial de la ISA en los reglamentos para la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos se discute como un ejemplo de una organización internacional en la coordinación con los estados que patrocinan la minería en las regiones de alta mar y con las empresas mineras, a medida que la minería en los fondos marinos profundos transita de una fase experimental al estado industrial en gran escala. Este ensayo, evalúa la legalidad de los estados actuando individualmente o en colaboración para hacer valer los derechos colectivos. Finalmente, se llega a la conclusión de que el reconocimiento de los intereses de la comunidad internacional en la opinión consultiva ha avanzado este principio, que es tan importante en el mundo “lleno”; y que es necesario seguir trabajando para desarrollar el potencial de las medidas de ejecutorias.

### 1. La evolución del principio *Erga Omnes* – Corte Internacional de Justicia y Comisión de Derecho Internacional

Esta sección explica el reconocimiento de la comunidad jurídica internacional y el alcance de las obligaciones *erga omnes* como una herramienta de aplicación de la norma y menciona las opiniones contrarias que rechazan la doctrina. En primer lugar, se analiza la articulación familiar de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional en su conjunto por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*. Sin embargo, puede ser que con frecuencia no exista un foro donde un Estado pueda solicitar una medida cautelar, incluso si se reconoce su derecho a hacerlo en nombre de la comunidad internacional. En ese caso, los estados pueden encontrar que pueden hacer valer sus derechos y obligaciones *erga omnes* en otras instituciones<sup>326</sup>, donde la naturaleza especial de las obligaciones ofrece una base normativa para el derecho de hablar o actuar en nombre de la comunidad internacional. Es aquí que las declaraciones de los órganos judiciales de gran prestigio, como la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional (CDI), pueden dar forma a la norma y dotarla de mayor autoridad. Como se verá en lo que respecta a la evaluación de impacto ambiental (EIA)<sup>327</sup>, este proceso también funciona a la inversa: los organismos internacionales consideran a la práctica en los estados como un componente esencial del derecho internacional general<sup>328</sup>.

La existencia de obligaciones *erga omnes*, esas “obligaciones de un Estado con la comunidad internacional en su conjunto”, fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en 1970. En el caso de la *Barcelona Traction*, al juzgar si un Estado (Bélgica) tenía capacidad jurídica para actuar a nombre de sus

326 Aquí “institución” se utiliza para referirse a “los sistemas de derechos, reglas y procedimientos de toma de decisiones,” tales como los regímenes ambientales y de recursos; ‘distinto a organizaciones, que son entidades materiales que generalmente poseen personal, oficinas, presupuestos, una personalidad jurídica, etc.’ Oran R. Young, Leslie A. King, and Heike Schroeder, ‘Summary for Policy Makers,’ in *Institutions and Environmental Change: Principal Findings, Applications, and Research Frontiers*, xiii (MIT Press: Cambridge, MA 2008).

327 Here the term EIA is used, following the Advisory Opinion. The ISA uses environmental impact statement (EIS). EIA refers to a process, EIS to the resulting document, however there is a tendency to choose one term.

328 Cymie R. Payne, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* Vol. 105, (March 23-26, 2011), pp. 66-66c, 66.

nacionales que eran accionistas de una sociedad extranjera (Canadá), que sufrió pérdidas en las manos de un Estado anfitrión (España), la Corte Internacional de Justicia, dijo:

En particular, una distinción esencial debe establecerse entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las obligaciones que surgen vis-à-vis otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional son la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden tener un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*<sup>329</sup>.

El principio habría funcionado, en ese caso, como base del derecho internacional consuetudinario para la capacidad jurídica de Bélgica para litigar la disputa en la Corte Internacional de Justicia; necesaria porque “sólo la parte a quien le es debida una obligación internacional puede presentar un reclamo con respecto a su incumplimiento.”<sup>330</sup> Aquí la CIJ decidió, categóricamente, que los derechos de que se trataba en el caso no eran *erga omnes*, y que, por tanto, Bélgica tendría que descansar en otros fundamentos para perseguir la reclamación. La Corte Internacional de Justicia identificó lo que, a su juicio, serían claros (pero no exhaustivos) ejemplos de las obligaciones *erga omnes*: prohibiciones de la agresión, el genocidio, la esclavitud y la discriminación racial.<sup>331</sup> La coincidencia de las tres primeras obligaciones identificadas con normas de *jus cogens*, es decir, las normas que prevalecen a pesar de cualquier ley contraria, no debe llevar a la suposición de que todas las obligaciones *erga omnes* son también *jus cogens*; pues no lo son.

El caso Pruebas nucleares es el siguiente ejemplo de análisis de la CIJ sobre *erga omnes*. Nueva Zelanda alegó que el programa de pruebas nucleares de Francia en el Océano Pacífico era ilegal en su propio nombre y también en nombre de la comunidad internacional, las Islas Cook, Niue y las Islas Tokelau. En la fase de medidas provisionales, la CIJ decidió que Nueva Zelanda podría establecer un interés jurídico con relación a sus reclamaciones.<sup>332</sup> En la siguiente fase, la CIJ resolvió el caso de temporalmente o de manera cuestionable al constatar que la declaración unilateral de Francia de su intención de poner fin a las pruebas de armas nucleares atmosféricas tenía efecto legal. De relevancia al principio, la Corte declaró que el anuncio de Francia fue “fuera de la Corte, en público y *erga omnes*”, y por lo tanto se trató de “un compromiso ante la comunidad internacional.” La Corte Internacional de Justicia se basó en lo que calificó como un compromiso de Francia *erga omnes* jurídicamente vinculante para poner fin al reclamo de Nueva Zelanda.<sup>333</sup> Una limitante de este caso es que la Corte podría haber decidido sobre la capacidad jurídica de Nueva Zelanda con base a su propia perjuicio en lugar de en la violación de los derechos colectivos; por otra parte, Francia reclamó que los daños de Nueva Zelanda fueron “insignificantes” -un punto sobre el cual tribunal no tuvo hallazgos, así que quizás el caso de Pruebas nucleares no sea representativo de una situación de capacidad jurídica con base a un derecho colectivo.<sup>334</sup>

La caza de ballenas en la Antártida fue el caso más reciente de la CIJ en el que se trataron los derechos colectivos en el contexto del cuestionamiento de Australia al programa de caza de ballenas de Japón en la Antártida.<sup>335</sup> La sentencia no se refirió a derechos *erga omnes*, ni afirmó los derechos u obligaciones colectivas como tales. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia no requirió que Australia o Nueva Ze-

329 Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgium v. Spain) [1970] I.C.J. Rep. 3 at para. 33; see also ILC Commentaries, (A/56/10 at p. 278). Id. at para 35 (quoting Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pp. 181–182).

330 Esto se encuentra en el derecho doméstico: las constituciones o leyes de algunos países ‘prevén una acción popular, la acción en el antiguo derecho romano por un individuo o grupo en el nombre de la población en general. Estas leyes generalmente establecen que “cualquier persona” puede demandar al gobierno cuando se rompe una ley, y se puede encontrar en los Países Bajos, Portugal, España, Estonia, Eslovenia y otros países.’ George (Rock) Pring and Catherine (Kitty) Pring, Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals (2009) at 37. Id. at para 34.

331 Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection Order, [1973] I.C.J. Rep. 135 at 139; Philippe Sands, Principles of International Environmental Law 189 (Cambridge 2d ed. 2007). Australia brought a parallel case, also arguing that it represented both its own interests and those of other states. Nuclear Tests (Australia v. France), Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 99; Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

332 Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, [1974] I.C.J. Rep. 457 at paras 51-53. The ICJ used the same language was used in the parallel case, Nuclear Tests (Australia v. France).

333 Notar la similitud con el caso Camarones/Tortugas, donde el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio reconoció el interés de Estados Unidos en la conservación de las especies de tortugas marinas altamente migratorias y encontró que los EE.UU. Podrían ser justificados en la adopción de una legislación extraterritorial de conservación, pero sin especificar si se contó con la presencia de las tortugas en aguas de Estados Unidos, o si los EE.UU. pudo haber sostenido sus medidas con respecto a las especies no encontrado en territorio de EE.UU.. El Órgano de Apelación hizo varias referencias al interés de la comunidad internacional en la conservación (‘a la luz de las preocupaciones contemporáneas de naciones sobre la protección y conservación del medio ambiente... Dado el reciente reconocimiento por la comunidad internacional de la importancia de la acción bilateral o multilateral concertado para proteger los recursos naturales vivos’) Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de Determinados camarones y productos del camarón, WT / DS58 / AB / R (06 de noviembre 1998), párrafos 129, 131.

335 Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment, 31 Mar. 2014.. The ICJ recognized obligations *erga omnes* in two cases which are not discussed here: East Timor (Portugal v Australia), para. 29); and Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), paras 155–60.

landa (como tercero interviniente) identificaran un perjuicio en especial que hubieran sufrido, reconociendo así implícitamente que Japón incumplió la obligación contraída con todos los Estados Parte de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (ICRW).

Esto tiene sentido, ya que las ballenas no están asociadas con estados particulares, sino que viajan a través de varias de las aguas territoriales y en alta mar, por lo que ningún Estado puede reclamarlas como propias.<sup>336</sup> El Juez Sebutinde comentó sobre el enfoque colectivo adoptado a la regulación bajo la ICRW.<sup>337</sup> El Juez Cançado Trindade observó que en la ICRW, los recursos marinos vivos han llegado a ser considerados como de “interés común” lo que se refleja en la aplicación de la ICRW a través de ‘garantía colectiva, la toma de decisiones colectiva y la regulación colectiva’.<sup>338</sup> El principio *erga omnes* por lo tanto puede funcionar para permitir el cumplimiento de las obligaciones en los casos de infracción grave, confiriendo capacidad jurídica a un estado incluso si ni sus nacionales, ni su territorio han sufrido un perjuicio. Algunos tratados establecen específicamente la ejecución por cualquiera de las partes, incluso si esta no ha sido afectada directamente.<sup>339</sup>

La Comisión de Derecho Internacional estableció la posición del derecho internacional consuetudinario de que,

[Artículo 48] 1. Cualquier Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

(a) la obligación infringida existe con relación a un grupo de Estados del que sea parte, y se establece para la protección de un interés colectivo del grupo; o

(b) la obligación infringida existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.<sup>340</sup> Un ejemplo del artículo 48 (1) (a), serían los derechos de los Estados Parte de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas (CITES), donde los objetivos de los tratados proporcionan el “interés colectivo del grupo” y los compromisos del tratado establecen la obligación.<sup>341</sup> Las obligaciones de conservación fuera de tratados se abordan en el artículo 48 también.

La capacidad jurídica es un requisito prudente más a menudo asociado con reclamaciones de indemnización retrospectivas presentadas después de que un daño se ha causado, mientras que la verdadera esencia de la gobernanza ambiental es la prevención de los daños. *Erga omnes* puede haber sido destacado en el caso *Barcelona Traction* como regla para la capacidad jurídica, pero la doctrina hará un trabajo real en cuanto a la aplicación de los derechos ambientales de la comunidad si tiene un papel en la prevención de daños, lo que se discute más adelante en el contexto de la evaluación ambiental de la minería en alta mar a través de la ISA. Además de aplicar las medidas administrativas por dichos organismos internacionales multilaterales, las sanciones como la prohibición de comercio también pueden ser alternativas prometedoras para que los estados individuales o pequeños grupos de estados puedan hacer valer sus derechos y hacer cumplir las obligaciones *erga omnes*. Los comentaristas han encontrado apoyo para ‘el derecho de un Estado a interponer un recurso en su calidad de miembro de la comunidad internacional para prevenir daños significativos que se produzcan en el medio ambiente en zonas fuera de su jurisdicción nacional’.<sup>342</sup> La legalidad de estas medidas unilaterales y colectivas son controversiales, lo que lleva a otros a sugerir que los órganos de tratados internacionales serían un medio de ejecución ‘más eficaz y realista’.<sup>343</sup>

336 Australia podría haber justificado la afirmación de que el incumplimiento de Japón especialmente afectaba Australia, dada la proximidad de la actividad de la caza de ballenas en territorio de Australia. Pero el mejor análisis es por analogía con el ejemplo de la CIT de una violación por un Estado Parte en el Tratado Antártico, en cuyo caso “los otros Estados deben ser considerados como que fueron dañados de esta manera y con derecho a solicitar la cesación, la restitución (en forma de la anulación de la demanda) y las garantías de no repetición.” CIT, la responsabilidad del Estado, p. 119.

337 Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment, 31 Mar. 2014., Separate Opinion of Judge Sebutinde, para. 3.  
338 Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment, 31 Mar. 2014, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 71, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=148&code=aj&p3=4>. See Cymie R. Payne, ICJ Halts Antarctic Whaling – Japan Starts Again, 4:1 Transnational Environmental Law 181-19 (2015).

339 The Montreal Protocol (any party can enforce) and the Basel Convention (any party can report noncompliance) illustrate this.  
340 International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session, UN Doc A/56/10, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries) (2001).

341 Peter H. Sand, ‘Scientific Whaling’: Whither Sanctions for Non-Compliance with International Law? 19 Finnish Yearbook of International Law 93-124 (2011) at note 97.

342 Philippe Sands, Principles of International Environmental Law (Cambridge 2d ed. 2007) at 189.

343 P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, International Law and the Environment (2009), p. 236.

## 2. TIDM Sala de Controversias de los Fondos Marinos: Opinión Consultiva sobre la Minería en los Fondos Marinos Profundos

Preocupada de que podría incurrir en responsabilidad por daños causados por la exploración de minerales de los fondos marinos, la isla de Nauru solicitó a la ISA que obtuviera una opinión consultiva a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM con respecto a la responsabilidad de los estados que patrocinan contratistas para la explotación del lecho marino profundo en áreas fuera de la jurisdicción nacional, que se conoce como la 'Zona'. La Opinión Consultiva fue debidamente dictaminada en 2011. En esta se identifican ciertas obligaciones para la conservación de los fondos marinos profundos como *erga omnes*. En esta sección se describe y analiza el tratamiento en la opinión consultiva de las obligaciones *erga omnes* y sus implicaciones para otros bienes comunes globales.

Las áreas de los fondos marinos que se encuentran más allá de cualquier jurisdicción nacional son áreas legalmente consideradas como comunes. Al reflexionar sobre las cambiantes perspectivas de la ley, en el momento del mundo vacío, la alta mar fue considerada como *res nullius* - una cosa que no le pertenece a nadie. Ahora, en el momento del mundo lleno, se considera como *res communis* - un bien común global.<sup>344</sup> Por su naturaleza como sitios de biodiversidad única, la conservación de las áreas de los fondos marinos profundos es una preocupación de la comunidad internacional. Son zonas comunes, ya que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional de cualquier estado en la zona que ha sido designada 'alta mar' por el derecho de la costumbre y los tratados. Por último, bajo los términos específicos de la LOSC, los fondos marinos profundos en áreas fuera de la jurisdicción nacional se definen como el patrimonio común de la humanidad y se denominan como la 'Zona'.<sup>345</sup>

El área se define en el artículo 1 (1) de la LOSC como 'los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. »El artículo 136 de la Convención establece que "La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad".<sup>346</sup> La ISA ha establecido un régimen administrativo para gestionar la exploración de la zona de conformidad con el LOSC. El estatus jurídico de la Zona se define además en el artículo 137, que establece que "todos los derechos sobre los recursos de la Zona se confieren a la humanidad en su conjunto, en cuyo nombre la Autoridad actuará". Para dar efecto a la naturaleza del patrimonio común de la Zona, los negociadores de la LOSC acordaron un régimen especial para su eventual explotación que pretende proporcionar, la supervisión multilateral internacional y asegurar que tanto los estados en vías de desarrollo como los industrializados tengan acceso a los recursos minerales de la zona. Cualquier exploración o explotación de la Zona debe ser patrocinados por un Estado parte de la LOSC y llevarse a cabo bajo el control de la ISA.<sup>347</sup>

La República de Nauru y el Reino de Tonga, como partes en la LOSC, decidieron patrocinar empresas mineras comerciales. Como estados en vías de desarrollo, reconocieron que necesitaban una mejor evaluación de su potencial responsabilidad en caso de que resultase algún daño al medio ambiente. Nauru propuso al Consejo de la ISA que obtuviese una opinión consultiva de los 'Sala de Controversias de los fondos marinos del TIDM sobre la responsabilidad de los estados patrocinadores. Las preguntas que eventualmente la ISA consulto a la sala fueron las siguientes:

1. ¿Cuáles son las responsabilidades legales y las obligaciones de los Estados Partes en la Convención con respecto al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular, la Parte XI, y el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre 1982?

344 For the most famous debate over this question, see Hugo Grotius, *The Free Sea* (David Armitage, ed., Richard Hakluyt, trans. Liberty Fund: Indianapolis 2004.) and John Selden, *Mare Clausum: Of the Dominion, or, Ownership of the Sea* (Lawbook Exchange ed. 2014).

345 Regrettably, the LOSC uses the term 'mankind;' this article uses the term 'humankind' except in direct quotations.

346 See also UN General Assembly Resolution 2749 (XXV) of 17 December 1970 ('The sea-bed and ocean floor, and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction (hereinafter referred to as the area), as well as the resources of the area, are the common heritage of mankind.'). The Area has been described as 'formally subject to an international (treaty-based) public trust regime'. P.H. Sand, 'Public Trusteeship for the Oceans', in Tafsir M. Ndiaye & Rüdiger Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Martinus Nijhoff Publishers 2007) p. 536.

347 It is not uncommon for commercial entities to seek sponsorship from foreign states. For example, the US company Lockheed Martin created a subsidiary to obtain British sponsorship. Lockheed Martin press release (14 March 2013) <http://www.lockheedmartin.com/uk/news/press-releases/2013-press-releases/uk-government-sponsors-lockheed-martin-uk-subsiary-for-licence.html> The United States is not a party to the LOSC, although it did sign the Convention. US mining interests must, therefore, be sponsored by another country to participate in exploitation of the Area and the US does not have a voice in the elaboration of the regulatory scheme. The US has nonvoting observer status with the International Seabed Authority.

2. ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad de un Estado Parte por cualquier incumplimiento, por parte de una entidad que ha patrocinado en virtud del artículo 153, párrafo 2 (b) de la Convención, de las disposiciones de la Convención, en particular de la Parte XI, y el Acuerdo de 1994?
3. ¿Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado patrocinante debe tomar con el fin de cumplir con su responsabilidad en virtud de la Convención, en particular el artículo 139 y en el anexo III, y el Acuerdo de 1994?

La Opinión Consultiva caracteriza las obligaciones del Estado patrocinante como “*erga omnes*”. La referencia surgió en la discusión sobre las consecuencias jurídicas cuando se produce un daño derivado de la minería, la sala reconoció que ‘[s] e puede prever que el daño en cuestión incluiría daños a la Zona y sus recursos que constituyen patrimonio común de la humanidad, y el daño al medio marino’.<sup>348</sup> La sala identificó una lista de posibles demandantes de indemnización en esa situación: “la Autoridad Internacional de los [Fondos Marinos], entidades dedicadas a la minería de los fondos marinos, otros usuarios del mar y los Estados ribereños.”<sup>349</sup>

Los derechos que facultan a estos posibles reclamantes de compensación se basan en su interés común en el medio marino, incluyendo los minerales de los fondos marinos. Se afirma que los mismos derechos, por tanto, también autorizan medidas preventivas para proteger el medio marino. Pero antes de que discutir este punto, se necesita un poco de claridad para entender la relación entre la comunidad internacional, estos titulares de derechos identificados, y la justificación de su situación. Después de señalar que la LOSC asigna a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos la tarea de actuar “en nombre” de la humanidad, la sala declaró que «cada Estado Parte podrá... tener derecho a reclamar una indemnización a la luz del carácter *erga omnes* de las obligaciones relativas a la preservación del medio ambiente de la alta mar y en “la Zona.”<sup>350</sup> La sala citó el artículo 48 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados en apoyo de este derecho:

1. Cualquier Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: (a) la obligación infringida existe con relación a un grupo de Estados del que es parte, y se establece para la protección de un interés colectivo del grupo; o (b) la obligación infringida existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.<sup>351</sup>

De acuerdo con el comentario de la CDI, el artículo 48 (1) (a) se refiere a los derechos de los Estados Partes en un tratado o que se benefician de un interés protegido por el derecho internacional consuetudinario, en cuya observancia tienen un interés otras partes, incluso si no sostienen ninguna otra lesión de la violación.<sup>352</sup> Las partes de la ITLOS encajan fácilmente en esta categoría. El artículo 48 (1) (b), también citado por la sala, se refiere a las obligaciones *erga omnes* que se extienden más allá de las partes en un tratado a toda la comunidad internacional. Los derechos de los titulares de derechos identificados se ven reforzados por sus intereses particulares, que, aunque no se especifican en la Opinión Consultiva, podrían ser sobre el posible perjuicio a los mineros por el daño al fondo marino, sobre la afectación a otros usuarios del mar por el daño a la columna de agua, ya estados costeros por la contaminación de sus aguas.<sup>353</sup>

348 ITLOS, Case No. 17, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in The Area (2011). The relevant paragraphs are:

179. Neither the Convention nor the relevant Regulations ... specifies ... which subjects may be entitled to claim compensation. It may be envisaged that the damage in question would include damage to the Area and its resources constituting the common heritage of mankind, and damage to the marine environment. Subjects entitled to claim compensation may include the Authority, entities engaged in deep seabed mining, other users of the sea, and coastal States.

180. No provision of the Convention can be read as explicitly entitling the Authority to make such a claim. It may, however, be argued that such entitlement is implicit in article 137, paragraph 2, of the Convention, which states that the Authority shall act 'on behalf' of mankind. Each State Party may also be entitled to claim compensation in light of the *erga omnes* character of the obligations relating to preservation of the environment of the high seas and in the Area. In support of this view, reference may be made to article 48 of the ILC Articles on State Responsibility, which provides: Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State ...if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole.

349 It finds the rights of the International Seabed Authority in the LOSC, where 'such entitlement is implicit in article 137, paragraph 2, of the Convention, which states that the Authority shall act 'on behalf' of mankind.'

350 Advisory Opinion, para 180.

351 International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session, UN Doc A/56/10, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries) (2001).

352 ILC, at p. 126.

353 Though the Chamber does not reference it, the International Law Commission offers the example of 'a coastal State specially affected by pollution in breach of an obligation aimed at protection of the marine environment in the collective interest' in its explanation of article 48(1)(b). ILC at p. 127.

La opinión de la sala puede ser leída como aplicable a todos los estados, ya sean parte de la LOSC o no-como titulares de derechos en virtud de una teoría del derecho consuetudinario en la que el medio marino y la zona son patrimonio de toda la humanidad. Incluso si un interés individual en los recursos que podrían ser dañados fuera necesario, un número importante de estados serían titulares potenciales de derechos. Un argumento que es coherente con la posición de que incluso los estados no parte de la LOSC podrían ser demandantes se basa en el hecho de que la LOSC se considera que una codificación del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que algunos consideran que tanto el elemento del patrimonio común de la LOSC y en el artículo 48 de Proyecto de artículos de la CDI son progresivos en lugar de derecho consuetudinario. Si todos los Estados Parte de la LOSC tienen derecho a hacer cumplir sus obligaciones, y todos los estados son beneficiarios del derecho internacional consuetudinario en paralelo, todos los estados tienen derechos ejecutorios. Duncan French observó que algunos pueden considerar el enfoque de la sala de controversias de los fondos marinos como radical - pero él también llegó a la conclusión de que 'la opinión consultiva, sin duda encaja con el tenor de la gobernanza de la zona en general, y no está claro cuan objetable la mayoría de los miembros de la comunidad internacional podría tendrá en considerar esta interpretación a la luz de la naturaleza particular de la Zona.<sup>354</sup>

### 3. Implementación del Principio *Erga Omnes*

El principio general de que se deben obligaciones a la comunidad internacional sólo es útil cuando se define el contenido de esas obligaciones. Suponiendo que el derecho a adoptar ciertas medidas en este sentido sea establecido, la subsiguiente preocupación es el contenido de las obligaciones y el modo de su ejecución. Lo ideal sería que la comunidad internacional sea capaz de tomar las medidas posibles para evitar daños y medias retrospectivas para garantizar la remediación y la rendición de cuentas en cuanto a los daños. Mengerink, et al. hacen énfasis en que “el gran costo y la quasi imposibilidad de restaurar muchos de los ecosistemas de las profundidades del océano,” destaca el valor agregado de la prevención del daño”.<sup>355</sup> Cuando falla la prevención, los estados en representación de la comunidad internacional pueden pedir una indemnización, otras formas de reparación, el cese de un acto, exigir seguridades y garantías de no repetición como se contempla en la Opinión Consultiva.<sup>356</sup>

Alternativamente, la acción a nombre de la comunidad internacional podría confiarse a un órgano internacional con capacidad y funciones administrativas y de aplicación y observancia.<sup>357</sup> Se ha observado que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLCS) ya ha hecho caso omiso a la naturaleza *erga omnes* de la Zona. Los informes de Oxman dan fe sobre ‘su implícita ignorancia de los intereses jurídicos de todos los Estados en cuanto a la integridad y los límites de la zona del fondo marino internacional protegida por el principio del patrimonio común de la humanidad al ordenar que las observaciones técnicas [en reclamaciones] [presentadas por los estados que carecen soberano interés] no sean considerados.<sup>358</sup>

A la luz de la estricta confidencialidad de los procedimientos de la CLCS, quizás no sea sorprendente que: sólo un Estado costero haciendo una petición a la Comisión podrá participar en sus procedimientos, y eso sólo de manera muy limitada.<sup>359</sup> No hay ningún papel aparente para una contra demanda si es que una petición atenta contra el patrimonio común de la humanidad, ni puede la ISA desafiar una delimitación realizada por la CLCS.<sup>360</sup>

354 Duncan French, 26 From the Depths: Rich Pickings of Principles of Sustainable Development and General International Law on the Ocean Floor—the Seabed Disputes Chamber’s 2011 Advisory Opinion, *The International Journal of Marine and Coastal Law* (2011) 525–568.

355 Kathryn J. Mengerink, Cindy L. Van Dover, Jeff Ardrun, María Baker, Elva Escobar-Briones, Kristina Gjerde, J. Anthony Koslow, Eva Ramirez-Llodra, Ana Lara-Lopez, Dale Squires, Tracey Sutton, Andrew K. Sweetman, Lisa A. Levin, A Call for Deep-Ocean Stewardship, 344 *Science* 696, 697 (2014).

356 ILC, Jochen A Frowein, Obligations erga omnes, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008) www.mpepil.com.

357 Oxman argues that this is the best approach. Bernard H. Oxman, *The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea*, 100 *Am. J. Int’l L.* 830, note 47 (2006). Mary Turnipseed, Michael C. Blumm, Duncan E.J. Currie, Kristina M. Gjerde, Peter H. Sand, Mary C. Wood, Julie A. Hambrook Berkman, Ryke Longest, Gail Osherenko, Stephen E. Roady, Raphael D. Sagarin, Larry B. Crowder, ‘Using the Public Trust Doctrine to Achieve Ocean

Stewardship’ in, *Rule of Law for Nature - New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Christina Voigt, (ed.) Cambridge University Press, forthcoming)(proposing a new high-seas governance regime based on the public trust doctrine, possibly through a new multilateral treaty).

358 Bernard H. Oxman, *The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea*, 100 *Am. J. Int’l L.* 830, note 47 (2006).

359 The CLCS’s stringent Rules of Procedure require it to respect the confidentiality of “any data and other material, not otherwise publicly available” that a submitting state so classifies, Annex II(2); its deliberations are confidential and the records “contain only the title or nature of the subjects or matters discussed and the results of any vote taken. They shall not contain any details of the discussions or the views expressed”, Annex II(4) (3). The Rules allow the CLCS to meet in public if it so decides, Rule 23; its secretary-general must publish an executive summary when the CLCS receives a submission, Rule 50; confidentiality applies to the submission, Rule 51(3); coastal states may attend the consideration of their submissions, Rule 52, and certain other meetings with the Commission, Annex II(15); cooperation with international organizations, Rule 56; the Commission may consult with specialists in any manner it chooses, Rule 57. CLCS/40/Rev.1 (2008).

360 John E. Noyes, *The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future*, 40 *DENV. J. INT’L L. & POLY* 447 (2012) at 467-468 (‘Article 187 limits the jurisdiction of the SBC in contentious cases to disputes involving “activities in the Area”; this limitation precludes the Authority from challenging the legality of continental shelf outer limits set by a coastal state.’).

En esta sección se examina cómo la EIA representa una medida preventiva para conservar los fondos marinos que pudiera ser exigible como una obligación *erga omnes*.<sup>361</sup> La ISA regula la prospección, exploración y explotación como actividades separadas, con diferentes estándares reflejando así el potencial de daño al recurso. Para la prospección sólo se exige notificación a la ISA. La exploración implica toma de muestras y otras actividades en los fondos marinos para los que la ISA ha promulgado requisitos legales separados para cada tipo de mineral.<sup>362</sup> La explotación aún no ha comenzado y la ISA se encuentra en proceso de desarrollar reglamentos. Hasta la fecha la ISA ha publicado una encuesta dirigida a partes interesadas y la propuesta de proyectos de reglamentos.<sup>363</sup> Aquí, la atención se centra en las propuestas de la EIA en los reglamentos de explotación, que la ISA abordó en un taller técnico en 2011.<sup>364</sup>

### 3.1 Revisión de la EIA

La evaluación ambiental es una técnica *preventiva*<sup>365</sup> de gobernanza. Si se aplica de una manera oportuna y transparente podría proporcionar la información esencial acerca de las actividades de minería en el fondo marino propuestas para que la comunidad internacional pueda proteger sus intereses en el fondo del mar y el medio ambiente marino.<sup>366</sup> La Opinión Consultiva caracteriza la EIA como una obligación consuetudinaria de derecho internacional de los estados patrocinadores,<sup>367</sup> así como una obligación directa en virtud del Acuerdo de 1994 y las regulaciones de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA). El proyecto de marco regulatorio para la explotación de la ISA, se refiere a los derechos de los Estados costeros y sugiere que los impactos costeros estatales deben ser incluidos en la EIA.<sup>368</sup> El principio de que los derechos y deberes relacionados con la zona se adeudan a la comunidad internacional en general implica que la comunidad internacional también tiene el derecho (y tal vez el deber) de participar en el proceso de EIA.

Generalmente, la EIA requiere que las entidades que planean una actividad con potencial impacto significativo al medio ambiente evalúen cuidadosa y sistemáticamente los impactos previsible y divulguen públicamente los resultados. Se incluyen como buenas o mejores prácticas enfoques alternativos a la consecución de los objetivos del proyecto, teniendo en cuenta la mitigación de los impactos a ser evaluados, y la consideración de la “no acción” como una alternativa. La divulgación tienen como propósito que los costos y beneficios de la actividad sean considerados cuidadosamente antes de que se lleven a cabo las actividades, con el objetivo de eliminar las actividades que representen un riesgo de daño al medio ambiente, desproporcionadamente alto.

El proponente de la actividad tiene el deber de proporcionar la evaluación del impacto ambiental, mientras que el público pertinente tiene el derecho de revisarla y hacer comentarios al respecto.<sup>369</sup> Incluso podría decirse que el público responsable tiene el deber de participar de esta manera. Las EIA eficaces requieren que los tomadores de decisiones consideren seriamente los comentarios del público y los respondan sustantivamente.<sup>370</sup> La eficacia del proceso de EIA depende de cuán completa sea la divulgación, de cuán informativos sean los comentarios del público, y de cómo auténticamente quien toma las decisiones considere las observaciones del público.<sup>371</sup>

---

361 Note: the Seabed Disputes Chamber did not itself make this finding.

362 Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area; Regulations on prospecting and exploration for polymetallic sulphides in the Area and Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area. See <http://www.isa.org.jm/en/mcode>.

363 International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Stakeholder Engagement (February 2014).  
364 International Seabed Authority, Technical study; no. 10: Environmental management needs for exploration and exploitation of deep sea minerals: report of a workshop held by the International Seabed Authority in collaboration with the Government of Fiji and the SOPAC Division of the Secretariat of the Pacific Community in Nadi, Fiji, from 29 November to 2 December, 2011 (2012).

365 Makgill, R. and Linhares, AP., 'Deep Seabed Mining - Key Obligations in the Emerging Regulation of Exploration and Development in the Pacific', in Warner, R. and Kaye, S. (eds.) Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement (forthcoming) at notes 46-47.

366 United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, June 3-4, Rio Declaration on Environment and Development, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Annex I (August 12, 1992), <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1an nex1.htm>.

367 This is consistent with the ICJ's decision in the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, which the Chamber cites.

368 International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Report to Members of the Authority and All Stakeholders (March 2015), p. 30.

369 See, e.g., Aarhus Convention, article 6.

370 The obligation to notify and consider comment from affected states is also found in the Lac Lanoux Arbitration, UNRIIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), pp. 281 et seq. (original French text); ILC Transboundary Watercourses, commentary at 112-113.

371 See, e.g., UNEP, Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach (2004); Barry Sadler, International Study of the Effectiveness of Environmental Assessment (Canadian Environmental Assessment Agency & International Association for Impact Assessment, 1996).

La ISA establecerá normas específicas para que la EIA requerida en el proceso de autorización de la explotación del área. El anexo del Acuerdo de 1994, una parte integral de los LOSC, requiere que las empresas mineras lleven a cabo evaluaciones de impacto ambiental, y proveer, para su revisión y aprobación, por tanto el estado patrocinando la actividad de la empresa en el área y la Secretaría General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISA-SG).<sup>372</sup> Las EIA no han sido requeridas para la prospección o exploración,<sup>373</sup> y se han expresado preocupaciones que las empresas mineras no han sido atentas a las obligaciones de revisiones ambientales que ya tienen. Para efectuar los derechos y deberes de la comunidad internacional, el derecho de acceso a la información debe ir acompañado de un proceso que incluya la EIA disponible para revisión y comentarios por los Estados interesados. (Aunque este ensayo se centra en las obligaciones contraídas por los Estados, la sociedad civil es un socio clave en la implementación de los derechos de interés público, y por lo tanto, las medidas de transparencia y participación deben incluir la sociedad civil). En el marco del proyecto del ISA para los reglamentos de explotación se contempla la participación pública en el proceso de revisión ambiental, en las secciones que abordan los contenidos y procesos de las solicitudes de explotación. El alcance de participación aun no está definido; el comentario en el marco del proyecto sugiere que “la humanidad en conjunto tiene, sin duda, un interés personal”, sino también que los aspectos prácticos de los “procedimientos, tiempos y costos” deben ser consideraciones.<sup>374</sup> Un estudio anterior de ISA generalmente referido a la consulta con los “partidos interesados y actores claves”, aunque no se determine la naturaleza de la consulta o las partes consultadas.<sup>375</sup> El aviso de una propuesta de proyecto es el primer paso, una vez se establezca el derecho a participar. La publicación de la EIA en el sitio Web de ISA podría considerarse como una notificación implícita, trasladar la carga a los Estados interesados a prestar atención. Aunque la discusión de la ISA sobre las normas de explotación de destaca la transparencia, su compromiso con el acceso es ambiguo y limitado por los requisitos de confidencialidad en sus normas de procedimiento por sus órganos subsidiarios, en particular, la Comisión Legal y Técnica.<sup>376</sup> Por ejemplo, aunque que los observadores están permitidos a asistir a las reuniones de la Asamblea y del Consejo, excepto cuando las reuniones son de naturaleza privada,<sup>377</sup> el Comité de Finanzas y la Comisión Legal y Técnica se reúnen en privado.<sup>378</sup> Estos dos cuerpos tienen papeles cruciales, en particular la Comisión Jurídica y Técnica (LTC) cual provee las recomendaciones al Consejo sobre una serie de asuntos críticos, incluyendo los planes de trabajo para las actividades que conforman el acuerdo entre las empresas mineras y la ISA, y se encarga de la preparación de evaluaciones de las consecuencias ambientales de las actividades en el área bajo LOSC, el artículo 165 (2)(d).

La Convención por si misma incluye varias disposiciones relativas a la información confidencial. Por ejemplo, LOSC, artículo 163, establece que los miembros de las comisiones ‘no revelaran, incluyendo al terminar sus funciones laborales, los secretos industriales, datos de propiedad que son transferidos a la Autoridad de conformidad con el anexo III [Condiciones Básicas de Prospección, Exploración y Explotación], el artículo 14, o cualquier otra información confidencial a su conocimiento como consecuencia de sus funciones para la Autoridad’; artículo 168 aplica una disposición similar a los miembros de la Secretaría.<sup>379</sup>

372 Annex to the 1994 Agreement section 1, paragraph 7 (‘An application for approval of a plan of work shall be accompanied by an assessment of the potential environmental impacts of the proposed activities and by a description of a programme for oceanographic and baseline environmental studies in accordance with the rules, regulations and procedures adopted by the Authority.’). LOSC article 206 also requires environmental assessment (‘When States have reasonable grounds for believing that planned activities under their jurisdiction or control may cause substantial pollution of or significant and harmful changes to the marine environment, they shall, as far as practicable, assess the potential effects of such activities on the marine environment and shall communicate reports of the results of such assessments in the manner provided in article 205.’)

373 ISBA/16/LTC/7. See ISA Technical Study no. 10 (2012).

374 ISA, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area (2015) at p. 18.

375 ISA, Technical Study no. 10 (2012) at p. 18.

376 ISA, Rules of Procedure of the Legal and Technical Committee, Rule 6 (‘The meetings of the Commission shall be held in private unless the Commission decides otherwise.’); Rule 11, the oath required of members (‘I shall not disclose, even after the termination of my functions, any industrial secret, proprietary data which are transferred to the Authority in accordance with the Convention and the Agreement, or any other confidential information coming to my knowledge by reason of my duties for the Authority.’); Rules 12 and 13 which re-state the Rule 11 confidentiality and provide for its enforcement; Rule 53(4) (‘the Commission may determine that [presence of ISA members and entities working in the Area] be limited at certain stages when confidential information is being discussed’).

377 ISA, Rules of Procedure of the Assembly, Rule 43; Rule 82; Rules of Procedure of the Council, Rule 39, Rule 75.

378 ISA, Rules of Procedure of the Finance Committee, Rule 31.

379 Because of the legal significance of the provisions contained in the LOSC, the relevant article is reproduced here:

Article 14 - Transfer of data

1. The operator shall transfer to the Authority, in accordance with its rules, regulations and procedures and the terms and conditions of the plan of work, at time intervals determined by the Authority all data which are both necessary for and relevant to the effective exercise of the powers and functions of the principal organs of the Authority in respect of the area covered by the plan of work.
2. Transferred data in respect of the area covered by the plan of work, deemed proprietary, may only be used for the purposes set forth in this article. Data necessary for the formulation by the Authority of rules, regulations and procedures concerning protection of the marine environment and safety, other than equipment design data, shall not be deemed proprietary.
3. Data transferred to the Authority by prospectors, applicants for contracts or contractors, deemed proprietary, shall not be disclosed by the Authority to the Enterprise or to anyone external to the Authority, but data on the reserved areas may be disclosed to the Enterprise. Such data transferred by such persons to the Enterprise shall not be disclosed by the Enterprise to the Authority or to anyone external to the Authority.

Las solicitudes para actividades en el Área requieren incluir ‘información relacionada a la cartografía, las pruebas, la densidad de los nódulos polimetálicos y su contenido metal’, algunos considerados sujetos a las restricciones de confidencialidad contenidas en LOSC.<sup>380</sup> Sin embargo, anexo III, Artículo 14, párrafo 2, establece que ‘la data necesaria para la formulación de la Autoridad de normas, reglamentos y procedimientos relativos a la protección del medio marino y la seguridad, con excepción de la data del diseño e equipos, no se consideran propiedad’.

La suposición actual que el trabajo de la LTC es confidencial excluye a los que no son miembros de la Comisión, algunos miembros de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, Estados Observadores y la sociedad civil, del proceso de la toma de decisiones. Las partes interesadas que comentan sobre el desarrollo del ISA de los reglamentos de explotación han criticado la falta de transparencia de LTC.<sup>381</sup>

Una gran preocupación que ha sido abordada por la regla de la confidencialidad de LTC, común a las actividades comerciales que afectan los recursos naturales públicos sujetos a la participación pública y los requisitos de transparencia, es que la información comercial valiosa debe ser protegida. Esto puede ser justificado por los deseos de las entidades comerciales para proteger la información por razones de negocios, y que alguna información no es relevante para la administración ambiental.<sup>382</sup> Sin embargo, existen pocas definiciones de lo que constituye información secreta, propietaria.<sup>383</sup> La siguiente definición se encuentra en el estudio técnico No. 10 ISA:

Información confidencial: Detalles de información clasificada relacionada con procesos o secretos industriales utilizados en la realización u operación de cualquier empresa en particular o del equipo o información de un negocio o finanzas en relación a la actividad propuesta...<sup>384</sup>

Los comentarios de los actores clave del Reino Unido y Francia observaron que alguna información puede ser protegida como confidencial.<sup>385</sup> Los comentarios del Proyecto de la Gestión de Impactos de Explotación de Recursos de Fondos Marinos (MIDAS, por sus siglas en inglés) fueron los más explícitos en cuanto al tipo de información que debe considerarse confidencial:

La información comercial, tal como la abundancia y composición de nódulos, solo debe hacerse pública con la debida consideración a la posición individual de cada actor clave. Es evidente que la información es confidencial desde una perspectiva estratégica y debería ser respetada como tal, y se debe respetar la confidencial según los compromisos claros establecidos. En la mayoría de caso, la recopilación de información en conjunto evitará el riesgo de incumplimientos individuales de confidencialidad. Uno prefiere una situación donde la información en conjunto en los cuatro aspectos de la encuesta se vuelva pública sin prevenir que las organizaciones individuales o los actores claves puedan hacer comentarios.<sup>386</sup>

Por el otro lado, la confidencialidad comercial, a menos que sea interpretada estrictamente, es inconsistente con los propósitos y obligaciones de las EIA.<sup>387</sup> El proyecto modelo de la EIA de la ISA incluye una disposición que parece contraria a la orientación de la Opinión Consultiva:

380 LOSC, Resolution II Governing Preparatory Investment in Pioneer Activities Relating to Polymetallic Nodules, para. 3(a).

381 IUCN, Comments on ISA Stakeholder Survey; World Wildlife Fund, Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.

382 A limited exception is provided in Article 4(4) of the (Aarhus Convention). Industry’s concern is noted in ISA, Technical Study no. 10 (2012) at p. 32 (ISA Technical Study no. 10).

383 The US defines it as information that is ‘exempt from public disclosure pursuant to the Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552(b)(4) and 10 C.F.R. § 2.790(a)(4)’. This is based on the Trade Secrets Act, 18 U.S. Code § 1839(3).

‘the term “trade secret” means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if—

(A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and

(B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, the public’.

384 ISA Technical Study no. 10 at p. 28.

385 UK; IFREMER (French Research Institute for the Exploitation of the Sea) advised on-line publication of EIS ‘while taking into account confidentiality and proprietary considerations related to mining operations.’ Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.

386 The MIDAS Project describes itself as ‘a unique combination of scientists, industry, social scientists, legal experts, non-governmental organisations and small and medium enterprises. MIDAS Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.

387 Transparency and participation issues apply equally to the review and approval of contracts for exploitation; that is not the focus of this paper.

Información confidencial: Detalles de información clasificada relacionada con procesos o secretos industriales utilizados en la realización u operación de cualquier empresa en particular o del equipo o información de un negocio o finanzas en relación a la actividad deben estar definidos claramente. Dicha información se clasificará como “información confidencial” y excluida del EIA antes que el documento sea disponible al público.<sup>388</sup>

La ISA reconoce que el enfoque del Reglamento de Exploración a la información confidencial puede no ser adecuado para el contexto de explotación. Señala, en el marco del reporte, que algunos actores clave han solicitado por la presunción que los datos sean públicos, al menos que se demuestre lo contrario, y se refiere a la iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas como un ejemplo de la tendencia hacia una mayor divulgación en general en la industria.<sup>389</sup> La afirmación de que el cambio de la presunción a la transparencia no se aplicaría a la información confidencial y a los datos, debilita estas declaraciones.<sup>390</sup> La ISA propone abordar esto como un tema de alto nivel.

La ISA tiene opciones para equilibrar estos dos intereses. Por ejemplo, es posible exigir la divulgación de la información relevante a los impactos ambientales en la Zona de las actividades propuestas, y permitir que la información confidencial irrelevante pueda ser redactada a partir de documentos puestos a disposición del público en general; en tal caso, mínimo, cualquier información omitida debe ser identificada en el EIA en cuanto a su naturaleza y la razón por la que se retiene.<sup>391</sup> El Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos Poli-metálicos en la Zona, Reglamento 7, establece lo siguiente: “los datos y la información relacionada con la protección y preservación del ambiente marino, en particular los programas de vigilancia ambiental, no se consideran confidenciales”, pero la aparente transparencia se niega debido a que el reglamento permite un periodo de tres años sin compromiso de divulgación.<sup>392</sup>

La puntualidad de divulgación es también esencial. El reglamento de la ISA permite no divulgación de las coordenadas de la zona en exploración o prospección.<sup>393</sup> Las disposiciones similares se encuentran en los contratos y reglamentos de otros minerales de exploración. Este tipo de restricción interfiere con la supervisión de la comunidad internacionales en las autorizaciones de explotación. Mientras que ni la Convención ni los procedimientos de la ISA requieren explícitamente que otras partes clave estén informadas, la ISA ha declarado que pretende “facilitar la participación pública de conformidad con el Convenio sobre el acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, 1998”.<sup>394</sup> Este modelo de participación pública utilizado para desarrollar los reglamentos de explotación aborda los contratistas, organizaciones internacionales y no gubernamentales, las instituciones científicas y universidades, entidades privadas y los individuos;<sup>395</sup> y los estados no parte están identificados como categoría, pero presumiblemente participan junto con estos grupos.

Para los estados LOSC, las disputas sobre la aplicación de la revisión ambiental pueden ser ejercidos en uno de los foros de solución de controversias obligatorios requeridos por la Convención: TIDM, la Corte Internacional de Justicia, o un tribunal arbitral, depende de las declaraciones hechas por las partes.<sup>396</sup>

Para los estados no partes, la jurisdicción de un tribunal o una corte judicial requiere otros compromisos en virtud de tratados, o no existe. De lo contrario, no existe un mecanismo de solución de controversias para hacer cumplir el derecho internacional consuetudinario y las obligaciones *erga omnes*.<sup>397</sup>

---

388 ISA, Technical Study no. 10 (2012) at p. 28.

389 International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Report to Members of the Authority and All Stakeholders (March 2015) at pp. 33, 42.

390 Ibid. at p. 33.

391 This would be consistent with the Aarhus Convention, Article 4(6) and with domestic jurisdictions such as NEPA practice in the US. County of San Diego v. Babbitt, 847 F.Supp. 768, at 777 (US District Court, S.D. California, 1994) (finding that documents such as sub-leases containing commercial information that were not relevant to the consideration of environmental impacts of the project did not need to be disclosed); US National Park Service guidance: ‘If documents and materials are determined to be privileged or protected, the index of record must identify the documents and materials, reflect that they are being withheld, and state on what basis they are being withheld.’ Available at: <http://www.nature.nps.gov/protectingrestoring/DO12Site/tabs/tab5.htm>.

392 Annex to ISBA/19/C/17 (2013); see also Regulations 36 and 37, Ibid.

393 ISA, Technical Study no. 10 (2012) at p. 32.

394 International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Stakeholder Engagement (February 2014), p. 10.

395 International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Report to Members of the Authority and All Stakeholders (March 2015), p. 2.

396 LOSC, Parts XI, section V; XV

397 Rudiger Wolfrum, Enforcing Community Interests Through International Dispute Settlement: Reality or Utopia? in From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma at 1138 (discussing ICJ rejection of ‘a right resident in any member of the community to take legal action in vindication of a public interest’ in the *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa)*).

## CONCLUSIÓN

El surgimiento del principio *erga omnes*, desarrollado por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos de TIDM, tiene implicaciones para otras áreas del derecho internacional, incluyendo otras áreas de la ley ambiental y *jus cogens*. La Opinión Consultiva sobre la Minería en los Fondos Marinos Profundos asocia la naturaleza de patrimonio común de los recursos de fondos marinos profundos con la doctrina de las obligaciones *erga omnes*, una aplicación lógica y eminentemente apropiada e la doctrina. Este trabajo ha demostrado el reconocimiento de la evolución del derecho internacional; que para proteger el medio ambiente ciertas obligaciones deben incluir a la comunidad internacional, en conjunto, particularmente a través de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y TIDM, y el trabajo analítico de la CDI. Se argumentó que las obligaciones se extienden más allá de la compensación por daño ambiental a medidas que eviten un daño, de particular importancia en las regiones frágiles de fondos marinos profundo. Se consideró si las obligaciones de la Opinión Consultiva pueden ser leídas como aplicables a todos los Estados, ya sean parte de la LOSC o no, y concluyó que sí. De este modo, deduce que las medidas dirigidas a prevenir daños ambientales en la minería de los fondos marinos, como las EIAs preparadas anteriormente a la exploración o explotación de los fondos marinos profundos deben incluir un aviso a los representantes interesados de la comunidad internacional, así como el derecho de opinión, comentario y consideración.

Brunnée subraya con razón que la evolución del derecho internacional que protege los bienes comunes mundiales, las preocupaciones comunes y el patrimonio común es difícil de capturar en “el marco estándar del derecho internacional centrado en el estado”, que está basado en el sistema de estado Westfaliano de soberanía. Hasta el momento, no es una práctica sólida en el derecho internacional de demandas exitosas y otras medidas adoptadas por los Estados para proteger los bienes comunes mundiales. La importancia de la Opinión Consultiva para el reconocimiento legal de los intereses comunes de la comunidad internacional es adicional al dictamen de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, su análisis en el caso *Nuclear Tests*, y el apoyo implícito a las demandas colectivas a los tratados de la caza de ballenas en la Antártida como estructura sólida del derecho internacional. El CDI fomentó este desarrollo de la ley de los intereses de la comunidad comentando;

En el caso de incumplimiento de las obligaciones en virtud del artículo 48, es muy posible que no existe un Estado que esté individualmente dañado por la violación, sin embargo, es muy deseable que un Estado o los Estados estén en condiciones de reclamar la reparación, en particular, la restitución. De conformidad con el párrafo 2 (b), tal afirmación se debe centrar en el interés del Estado dañado, en su caso, o en los beneficiarios de la obligación violada. Este aspecto del artículo 48, párrafo 2, implica una medida de desarrollo progresivo, justificada al proveer los medios de protección a la comunidad o los intereses colectivos.<sup>398</sup>

Queda por ver si los Estados tienen la voluntad de sostener los intereses de la comunidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Salvatore Arico & Charlotte Salpin, *Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects* (UNU-IAS, 2005).
- Michael Balter, Archaeologists say that the 'Anthropocene' is here - but it began long ago, 340 *Science* 261-262 (2013)
- F. Biermann, K. Abbott, S. Andresen, K. Bäckstrand, S. Bernstein, M. M. Betsill, H. Bulkeley, B. Cashore, J. Clapp, C. Folke, A. Gupta, J. Gupta, P. M. Haas, A. Jordan, N. Kanie, T. Kluvánková-Oravská, L. Lebel, D. Liverman, J. Meadowcroft, R. B. Mitchell, P. Newell, S. Oberthür, L. Olsson, P. Pattberg, R. Sánchez-Rodríguez, H. Schroeder, A. Underdal, S. Camargo Vieira, C. Vogel, O. R. Young, A. Brock, R. Zondervan, *Navigating the Anthropocene: Improving Earth System Governance*, 335 *Science* 1305-06 (20XX).
- P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, *International Law and the Environment* (2009).
- Jutta Brunnée, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (D. Bodansky, J. Brunnée, and E. Hey, eds., Oxford 2007).
- Abram Chayes and Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty* (Harvard University Press, 1995).
- Commission on the Limits of the Continental Shelf, *Rules of Procedure*, CLCS/40/Rev.1 (2008).
- Lisa W. Drew, *The Promise and Perils of Seafloor Mining: Can minerals be extracted from the seafloor without environmental impacts?* 47:3 *Oceanus* (2009), Originally published online November 20, 2009, available at: <https://www.whoi.edu/oceanus/feature/the-promise-and-perils-of-seafloor-mining>.
- Duncan French, *From the Depths: Rich Pickings of Principles of Sustainable Development and General International Law on the Ocean Floor—the Seabed Disputes Chamber’s 2011 Advisory Opinion*, *The International Journal of Marine and Coastal Law* (2011) 525–568.
- Jochen A Frowein, *Obligations erga omnes*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2008).
- Laurent Godet, Kevin A. Zelnio, and Cindy L. Van Dover, *Scientists as Stakeholders in Conservation of Hydrothermal Vents*, 25:2 *Conservation Biology* 214-222 (2011).
- Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243-1248 (1968).
- IFREMER (French Research Institute for the Exploitation of the Sea) advised on-line publication of EIS 'while taking into account confidentiality and proprietary considerations related to mining operations.' Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.
- Institut de Droit International, *Resolution on Obligations erga omnes in international law* (2005).
- International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of its 66th Session*, UN Doc A/69/10 (2014).
- International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session*, UN Doc A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, as corrected (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries) (2001).
- International Law Commission, *First Report on the Protection of the Atmosphere*, UN Doc. A/CN.4/667 (2014).
- ILC Transboundary Watercourses, commentary
- International Marine Minerals Society, *Code for Environmental Management*, published by the ISA, Rules of Procedure of the Legal and Technical Committee.
- ISA, Rules of Procedure of the Assembly.
- ISA, Rules of Procedure of the Council.
- ISA, Rules of Procedure of the Finance Committee.
- International Seabed Authority, ISBA/16/LTC/2 (2010))
- ISBA/16/LTC/7.
- ISBA/19/C/17 (2013), Annex.

International Seabed Authority, Technical study; no. 10: Environmental management needs for exploration and exploitation of deep sea minerals: report of a workshop held by the International Seabed Authority in collaboration with the Government of Fiji and the SOPAC Division of the Secretariat of the Pacific Community in Nadi, Fiji, from 29 November to 2 December, 2011 (2012).

International Seabed Authority, Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area; Regulations on prospecting and exploration for polymetallic sulphides in the Area and Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area. See <http://www.isa.org.jm/en/mcode>.

International Seabed Authority, Decision of the Council of the International Seabed Authority relating to the summary report of the Chair of the Legal and Technical Commission, ISBA/20/C/31 (2014).

International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area: Stakeholder Engagement (February 2014).

International Seabed Authority, Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area (March 2015).

IUCN, Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.

Aline Jaekel, An Environmental Management Strategy for the International Seabed Authority? The Legal Basis, 30 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 1-27 (2015).

Lockheed Martin press release (14 March 2013) <http://www.lockheedmartin.com/uk/news/press-releases/2013-press-releases/uk-government-sponsors-lockheed-martin-uk-subsiary-for-licence.html>

Bonnie J. McKay, The Ocean Commons and Community, 74 *Dalhousie Review* 310 (1994-1995).

Kathryn J. Mengerink, Cindy L. Van Dover, Jeff Ardron, Maria Baker, Elva Escobar-Briones, Kristina Gjerde, J. Anthony Koslow, Eva Ramirez-Llodra, Ana Lara-Lopez, Dale Squires, Tracey Sutton, Andrew K. Sweetman, Lisa A. Levin, A Call for Deep-Ocean Stewardship, 344 *Science* 696, 697 (2014).

Laurent Godet, Kevin A. Zelnio, and Cindy L. Van Dover, Scientists as Stakeholders in Conservation of Hydrothermal Vents, 25:2 *Conservation Biology* 214-222 (2011).

Hugo Grotius, *The Free Sea* (David Armitage, ed., Richard Hakluyt, trans. Liberty Fund: Indianapolis 2004.)

Alexis Khripounoff, Jean-Claude Caprais, Philippe Crassous and Joël Etoubleau, *Geochemical and biological recovery of the disturbed seafloor in polymetallic nodule fields of the Clipperton-Clarion Fracture Zone (CCFZ) at 5,000-m depth*, 51(5) *Limnol. Oceanogr.*, (2006) 2033–2041

Makgill, R. and Linhares, AP., 'Deep Seabed Mining - Key Obligations in the Emerging Regulation of Exploration and Development in the Pacific', in Warner, R. and Kaye, S. (eds.) *Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement* (forthcoming).

MIDAS Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.

James Nafziger & Tullio Scovazzi, eds, *The Cultural Heritage of Mankind* (Hague Academy of International Law – Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Brill 2008).

Nautilus Minerals website at: <http://www.nautilusminerals.com/s/Clarion-Clipperton.asp>.

John E. Noyes, The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future, 40 *DENV. J. INT'L L. & POL'Y* 447 (2012).

Elinor Ostrom, A diagnostic approach for going beyond panaceas, *PNAS*, vol. 104 no. 39, 15181–15187 (2007).

Bernard H. Oxman, The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea, 100 *Am. J. Int'l L.* 830, note 47 (2006).

Arvid Pardo, Thirteenth Statement to the Committee on the Peaceful Uses of the Seabed and the Ocean Floor, 23 March 1971 in *The Common Heritage: Selected Papers on Oceans and World Order 1967-1974* (Malta University Press 1975)

Cymie R. Payne, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) Vol. 105, (March 23-26, 2011), pp. 66-66c.

Cymie R. Payne, ICJ Halts Antarctic Whaling – Japan Starts Again, 4:1 *Transnational Environmental Law* 181-19 (2015).

George (Rock) Pring and Catherine (Kitty) Pring, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals* (2009)

Rockström, J., W. Steffen, K. Noone, Å. Persson, F. S. Chapin, III, E. Lambin, T. M. Lenton, M. Scheffer, C. Folke, H. Schellnhuber, B. Nykvist, C. A. De Wit, T. Hughes, S. van der Leeuw, H. Rodhe, S. Sörlin, P. K. Snyder, R. Costanza, U. Svedin, M. Falkenmark, L. Karlberg, R. W. Corell, V. J. Fabry, J. Hansen, B. Walker, D. Liverman, K. Richardson, P. Crutzen, and J. Foley *Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity*. *Ecology and Society* 14(2): 32 (2009), [online] URL: <http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>; updated by Steffen et al. *Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet*. *Science*, January 2015.

Barry Sadler, *International Study of the Effectiveness of Environmental Assessment* (Canadian Environmental Assessment Agency & International Association for Impact Assessment, 1996).

Peter H. Sand, 'Public Trusteeship for the Oceans', in Tafsir M. Ndiaye & Rüdiger Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Martinus Nijhoff Publishers 2007)

Peter H. Sand, *Environmental Damage Claims from the 1991 Gulf War: State Responsibility and Community Interests in From Bilateralism to Community Interest*.

Peter H. Sand, 'Scientific Whaling': Whither Sanctions for Non-Compliance with International Law? 19 *Finnish Yearbook of International Law* 93-124 (2011)

Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* 189 (Cambridge 2d ed. 2007).

Carolyn Searce, *Hydrothermal Vent Communities, CSA Discovery Guides* (CSA 2006), available at: <http://www.csa.com/discoveryguides/vent/review.pdf>.

John Selden, *Mare Clausum: Of the Dominion, or, Ownership of the Sea* (Lawbook Exchange ed. 2014).

Yuval Shany, No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary, 20 *EJIL* 73, 81-81 (2009)

Christian J. Tams, Individual States as Guardians of Community Interests, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, and C. Vedder, eds., Oxford 2011).

Mary Turnipseed, Michael C. Blumm, Duncan E.J. Currie, Kristina M. Gjerde, Peter H. Sand, Mary C. Wood, Julie A. Hambrook Berkman, Ryke Longest, Gail Osherenko, Stephen E. Rody, Raphael D. Sagarin, Larry B. Crowder, 'Using the Public Trust Doctrine to Achieve Ocean Stewardship' in, *Rule of Law for Nature - New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Christina Voigt, (ed.) Cambridge University Press, *forthcoming*).

United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, June 3-4, *Rio Declaration on Environment and Development*, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Annex I (August 12, 1992), <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>.

UNEP, *Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach* (2004).

UN General Assembly Resolution 2749 (XXV) of 17 December 1970.

UN General Assembly Resolution 43/53, Protection of global climate for present and future generations of mankind (1988).

US Trade Secrets Act, 18 U.S. Code § 1839(3).

Cindy Lee Van Dover, Tighten Regulations on Deep-Sea Mining, 470 *Nature* 31-33 (2011).

Cindy Lee Van Dover, Depths of Ignorance, 14:9 *Discover* 37-39 (1993).

Rudiger Wolfrum, Enforcing Community Interests Through International Dispute Settlement: Reality or Utopia? in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (2011).

World Wildlife Fund, Comments on ISA Stakeholder Survey, available at: <http://www.isa.org.jm/survey/March-2014/stakeholder-responses>.

Oran R. Young, Leslie A. King, and Heike Schroeder, 'Summary for Policy Makers,' in *Institutions and Environmental Change: Principal Findings, Applications, and Research Frontiers*, xiii (MIT Press: Cambridge, MA 2008).

## DECISIONES DE LA CORTE

*Gabčikovo-Nagymaros Project (Hung v Slov)*, 1997 ICJ Rep. 7, sep op Weeramantry.

*Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland)*

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

*Nuclear Tests case (New Zealand v. France), Interim Measures*, [1973] I.C.J. Rep. 135

*Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment*, [1974] I.C.J. Rep. 457

*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 2010

*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment*, 31 Mar. 2014.

*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment, 31 Mar. 2014, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 71, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=148&code=aj&p3=4>

*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment*, 31 Mar. 2014, *Separate Opinion of Judge Sebutinde*.

*Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 17, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, International Tribunal for the Law of the Sea (Feb. 1, 2011).

Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (Nov. 6, 1998).

*Lac Lanoux Arbitration*, UNRIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), pp. 281 et seq. (original French text).

*East Timor (Portugal v Australia)*, ICJ.

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*, ICJ.

*US. County of San Diego v. Babbitt*, 847 F.Supp. 768, at 777 (US District Court, S.D. California, 1994)

## TRATADOS

Aarhus Convention

Montreal Protocol

Basel Convention

United Nations, *The Law of the Sea: Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index, Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the sea, Introductory Material on the Convention and Conference*, U.N. Pub. Sales No. E.83.V.5 (1983).

1992 United Nations Framework Convention on Climate Change, preamble.

1972 UNESCO Convention on the Protection of the World Cultural and Natural Heritage.

Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies.

1997 Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.

## 3.2 Evaluación Ambiental Estratégica: El Rol del Poder Judicial en su Implementación

Gustavo Rinaldi y Guillermo Hernán Marchesi



*Evaluación Ambiental Estratégica. Implementación. Planificación. Rol Del Poder Judicial.*

*La conflictividad socio ambiental demuestra un incremento en los últimos tiempos.*

*Ciertos grupos sociales con mayor conciencia sobre la problemática, acuden cada vez con más frecuencia a los estrados del Poder Judicial buscando una solución a los problemas que los aquejan.*

*Esto obliga de cierta forma al Poder Judicial a ampliar su conocimiento respecto de los instrumentos específicos para la gestión de las cuestiones ambientales.*

*Los jueces cumplen un rol de primer orden en la aplicación de nuevos instrumentos que a pesar de su potencialidad para prevenir conflictos ambientales no son aplicados por los operadores políticos.*

*Centremos el análisis en el caso de la Evaluación Ambiental Estratégica, como un instrumento de gestión de políticas ambientales clave.*

*Hemos afirmado la importancia de este instrumento por su capacidad de otorgar elementos de conocimiento sobre la variable ambiental para la adopción de políticas, planes y programas, aun cuando estos últimos no se ciñan a cuestiones referidas a la protección del ambiente.*

*Al mismo tiempo posee virtudes respecto a la sustentabilidad y mejora en el proceso de adopción de las decisiones, a la detección temprana y prevención de conflicto, y sobre todo a la planificación para el desarrollo.*

*Dado que la Evaluación Ambiental Estratégica esencialmente coloca ciertos límites al Poder Ejecutivo, consideramos la mayoría de las veces, serán los Poderes Judiciales de la Región, quien dentro del equilibrio republicano, deban afrontar el desafío de otorgar amparo a los ciudadanos mediante la efectiva implementación de este instrumento.*

*Por último, es del caso recordar la relevancia del instrumento en la gestión de recursos naturales compartidos. Destacando el Derecho Comunitario Europeo, en el marco del Convenio de Espoo, se adoptó con fecha 21 de mayo de 2003 el Protocolo de Kiev sobre "Evaluación Ambiental Estratégica".*

### INTRODUCCIÓN

La propuesta recibida para hacer un aporte para el "Congreso interamericano sobre el estado de derecho en materia ambiental" que se llevará a cabo en la Ciudad de Montego Bay, Jamaica entre los días 30 y 31 de marzo de 2015, nos incentivó a reflexionar atentamente sobre el rol que desempeña el Poder Judicial en la instalación efectiva de los instrumentos que las diversas normas ambientales establecen.

En primer lugar veremos cómo, desde un tiempo a esta parte, grandes juristas de nivel mundial como Antonio Herman Benjamin<sup>399</sup>, Ricardo Lorenzetti<sup>400</sup>, Nestor Cafferratta<sup>401</sup>, entre otros, han puesto la mira en la efectiva implementación de las normas ambientales como la principal preocupación en perspectiva hacia futuro.

399 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, "O estado teatral e a implementacao do direito ambiental" disponible en <http://goo.gl/UYP2gS>, último ingreso 23.02.2015.

400 LORENZETTI, Ricardo Luis, Cap. IV: "Teoría de la implementación" y Cap. V: "Cumplimiento obligatorio de las normas ambientales ("Enforcement)", en Teoría del Derecho Ambiental, Pag. 97- 159, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

401 CAFFERRATTA, Nestor A. "De la efectividad del derecho ambiental", Diario La Ley 02/10/2007, p. 1, Editorial La Ley, Buenos Aires

Por otro lado, partiendo de la idea que “la ampliación de los espacios de indeterminación en el sistema jurídico genera una creciente litigiosidad y un mayor protagonismo del Poder Judicial”<sup>402</sup>; nos ocuparemos de pensar como se relaciona ese mayor protagonismo con la implementación de las normas e instrumentos ambientales.

En sintonía con ello, creemos que la falta de planificación del desarrollo y en la desconsideración por la variable ambiental descansa la génesis de muchos de los conflictos y desastres ambientales que acucian en estos tiempos a nuestra región.

Notamos que en esta parte del mundo<sup>403</sup>, de por sí es difícil encontrarnos con que se lleven adelante procesos planificados de desarrollo de planes, políticas o programas, y aún mucho más complicado es que, estos pocos, consideren la variable ambiental y la sustentabilidad como aspectos a tener en cuenta en el iter de la decisión.

La Evaluación Ambiental Estratégica es un instrumento que se incluye dentro de los ordenamientos normativos de muchos de los países de nuestra región para cambiar esa realidad. El mismo posee una gran potencialidad en la prevención de los daños ambientales y en la reducción de la conflictividad socio-ambiental, aunque todavía se encuentra en etapa de desarrollo, evolución y definición.

Sus características intrínsecas relacionadas con la transparencia de las decisiones, la ampliación de derechos, el acceso a la información, hace que su recepción por parte de los tomadores de decisiones público políticos no sea una tarea sencilla.

La mala fe no se presume, por lo que consideraremos que dicha reticencia se deberá al desconocimiento de las potencialidades positivas del instrumento.

No obstante, hasta tanto no se tome conciencia de ello, y comiencen a aplicar los instrumentos ambientales “voluntariamente”, tendremos que pensar en el rol del poder judicial en la implementación en los procesos de decisión.



## 1. La efectiva implementación del derecho ambiental

La maduración de las mudanzas sociales, culturales, políticos, económicos y jurídicos que derivan de la emersión de la cuestión ambiental es todo lo contrario a un camino de rosas, ascendente, interrumpido, lineal y libre de conflictos.

Aún no se ha superado la idea de competitividad entre el desarrollo económico y la protección del ambiente. En ese campo, la batalla dialéctica es despereja, sobre todo en un contexto teñido por el consumismo capitalista, con constantes crisis económicas cíclicas y gran parte de sus sociedades signadas por una pobreza estructural con las necesidades más básicas totalmente insatisfechas.

402 LORENZETTI, Ricardo L., “La decisión judicial en casos constitucionales”, LA LEY 01/11/2010 , 1 • LA LEY 2010-F , 702, Cita Online: AR/DOC/7345/2010

403 Sobre la similitud de los procesos de desarrollo, retrocesos y problemas de la cuestiones ambientales recomendamos la lectura del excelente trabajo de Antonio Herman BENJAMIN, “A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina” disponible en <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/31509>, último ingreso 01/03/2015.

El fuerte empeño puesto en los últimos tiempos para estudiar, desarrollar e instalar el principio de prohibición de retroceso en materia de derechos ambientales<sup>404</sup>, es otra señal de la resistencia necesaria respecto de las fluctuaciones en los niveles de reconocimiento de este derecho, generalmente ligadas a las condiciones económicas.

La realidad nos golpea día a día y nos demuestra que la cuestión ambiental dista de ser una preocupación de orden principal en los Estados de los países de la región.

El canto de sirenas es la posibilidad de convertirse en países poderosos y desarrollados, con la riqueza que generará el aprovechamiento de las ventajas comparativas naturales que goza toda la región, ya sea petróleo, bosques, agua, glaciares, biodiversidad, etc.

Al respecto nos preguntamos: ¿Cuán libre es una Nación para decidir de forma racional y soberana sobre el aprovechamiento de los recursos cuando su pueblo transita situaciones de extrema pobreza y desigualdad? ¿Qué libertad de elección tendrá al vislumbrar en la concesión para la explotación de sus recursos naturales, la puerta de entrada a grandes cantidades de divisas que podrán servir para equiparar esa situación desventajosa de sus habitantes?

¿Existe un aprovechamiento de ese estado de necesidad por parte de los concesionarios, que se traduce en ventajas patrimoniales injustificadas a su favor?

A todas luces es exagerado de nuestra parte pretender trasladar la teoría de la lesión subjetiva desde el ámbito civil a esta primera parte del trabajo, pero, a pesar de ser una mera provocación, no parece que estemos tan alejados de lo que ocurre en los hechos.

Lo cierto es que no podemos acusar a nuestros representantes de no tener en cuenta la necesaria intervención del Poder Público para regular la explotación de los elementos que conforman el ambiente. Proliferan en todos los Estados de la región una cantidad innumerable de normas que pretenden ocuparse de la cuestión ambiental.

Pero ello no alcanza.

A pesar que destacamos que, a nivel normativo, el reconocimiento de derechos ambientales, el establecimiento de loables objetivos protectorios, y el delineamiento de numerosos instrumentos para su prosecución, es un paso importante en la cuestión, lo cierto no es suficiente.

El gran paso a dar en este proceso de maduración hacia la conformación de Estados Socio-ambientales de Derecho, es la transición desde la declamación programática y el mero voluntarismo legislativo hacia la efectiva implementación y goce de los derechos ambientales.

## 2. El rol del poder judicial para la protección ambiental

En el derrotero más arriba apuntado, sin dudas que el Rol de Poder Judicial es decisivo. La primera etapa del desarrollo de la Teoría del Derecho Ambiental le dedicó basto tiempo a la descripción de las características que debía poseer el Juez Ambiental<sup>405</sup>.

Y allí encontramos innumerables trabajos y definiciones de este nuevo perfil del Juzgador en donde en nuestros días claramente se reclama la existencia de jueces comprometidos socialmente, jueces de acompañamiento y de protección.<sup>406</sup>

---

405 CAFFERATTA, Néstor A.: "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo" Ley 25675", en Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año V, Nº II, marzo - abril 2003, p. 51, Editorial La Ley, Buenos Aires 2003 ; LORENZETTI, Ricardo L., "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", LA LEY 1998-A, 1024, Editorial La Ley, Buenos Aires 1998.

406 La Corte Suprema de Justicia Argentina en la sentencia "Mendoza" sobre saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo indicó: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación debe hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias del art. 32 de la ley 25.675, al conocer de modo originario en la pretensión de recomponer el ambiente y resarcir un daño de incidencia colectiva —en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la Cuenca Matanza-Riachuelo—, si la demanda no ilustra al tribunal sobre aspectos esenciales de la cuestión litigiosa, ya que tratándose de un bien que pertenece a la esfera social y transindividual —cuya mejora o degradación afecta a toda la población—, los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la materia —art. 41, Constitución Nacional—". (Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros". 20/06/2006. Publicado en: LA LEY 11/07/2006, 4, Fallos Corte: 329:2316.

En materia de derecho ambiental, la tarea del juez es más ardua, pues debe acudir a una estructura jurídica que “prima facie” se antepone a los sistemas tradicionales del derecho y al propio derecho positivo local. De ese modo, los jueces tienen ante sí un desafío inquietante.<sup>407</sup>

En un excelente artículo, Pablo Lorenzetti hace una muy buena descripción de cuáles han sido las teorías que sustentan la actuación de los jueces en torno a cuestiones ambientales.

Y sus expresiones nos sirven decididamente para lo que intentamos expresar como aporte en este trabajo, en relación a cual debe ser el Rol del Poder Judicial en la Protección del Ambiente.

Citando palabras de SAGER<sup>408</sup>, Pablo Lorenzetti dice que “... el autor termina inclinándose por la idea de fortalecer las capacidades del juez y brindarle la posibilidad de interpretar los dispositivos constitucionales en forma libre pero responsable, utilizando sus propios valores y aplicando principios. Es clara su idea de otorgar grandes responsabilidades a los jueces a la hora de complementar y tornar operativas las cláusulas constitucionales generales. Para ello necesariamente se debe contar con ciertas libertades. La Constitución no está escrita como un Código Fiscal, y no se interpreta como si lo fuera”

Continúa en el sentido que “la sujeción que debe tener el magistrado respecto de la letra de la ley ya no es, como en la visión positivista, cualquiera sea el significado que la misma tenga. El juez debe ajustarse a la letra de la norma siempre y cuando esta sea respetuosa de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales. Estamos en presencia del denominado “activismo judicial”. El juez tiene amplias facultades en el caso ambiental que se le presenta, pero siempre debe estar enmarcado dentro de los límites de la Carta Magna.<sup>409</sup>

Sin embargo, muchas veces los principios constitucionales juegan un papel inverso.

De este modo permiten al sentenciante suplir las falencias legislativas o apartarse de los rígidos parámetros que impone la letra fría de la ley e innovar en soluciones frente a los difíciles, trascendentes y urgentes problemas a los que nos dedicamos en este trabajo. No se le exige al juez que favorezca a una parte sobre otra so pretexto de protección del ambiente.

La idea de imparcialidad implica que el magistrado debe presentarse ante los litigantes y escuchar sus alegaciones en un plano de igualdad y luego evaluarlas sin tener en cuenta sus deseos personales o individuales<sup>410</sup>

Claramente se vislumbra lo que se pretende del Juez Ambiental y del Rol del Poder Judicial en la materialización de los Instrumentos de Gestión y Política Ambiental.

Con estas aptitudes, el Poder Judicial será una suerte de “acomodador” de las instituciones ambientales, intentando arrimar justicia con sus decisiones en algunos casos y en otros complementar la voluntad legislativa o de la administración pública en la adopción de medidas y aplicación de los instrumentos de gestión dispuestos por cada una de las normas vigentes.

Sin un rol activo de la judicatura que supla la aplicación voluntaria y sistemática de los Instrumentos de Gestión Ambiental, caeremos en una palmaria ineficacia de dichos instrumentos y en una desprotección intolerable sobre todo, de los que menos tienen.

Por ello nos ha parecido muy interesante destacar de manera somera cuáles han de ser las cualidades salientes de los jueces en su rol de protectores del ambiente.

---

407 SAUX, EDGARDO y MULLER Enrique. “El Rol del Juez en Materia Ambiental”, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-rol-del-juez-en-materia-ambiental>, último ingreso 1/03/2015

408 SAGER, Laurence, “Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana”, Editorial MARCIAL Pons, Madrid, 2007.

409 Al respecto es interesante destacar lo indicado por el Cíbero Tribunal Argentino: “En causas vinculadas a la recomposición del ambiente dañado, el Tribunal ha decidido que las facultades ordenatorias del proceso, que expresamente le reconoce el artículo 32 de la ley 25.675, deben ser ejercidas con rigurosidad, pues la circunstancia de que en actuaciones de esa naturaleza hayan sido morigerados ciertos principios vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir el proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura. (Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza”. 17/03/2009. Publicado en: *La Ley Online*. Cita Fallos Corte: 332:582.

410 Lorenzetti, Pablo “Particularidades de la Sentencia Ambiental: posibilidad de fallar extra y ultra petita y cosa juzgada erga omnes” SJA 22/12/2010, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

### 3. La evaluación ambiental estratégica

Como mencionáramos al comienzo del presente trabajo, un Instrumento Clave en la Gestión del Ambiente y la utilización de los Recursos Naturales es la Evaluación Ambiental Estratégica.

En la actualidad una de las tareas más significativas y con mayor complejidad es la de armonizar o compatibilizar cuatro áreas de relevante sensibilidad, tanto en la gestión privada como en la gestión pública.

Esas áreas las podemos resumir en:

## Crecimiento Económico - Equidad Social Conservación Ambiental - Transparencia Institucional

*Desde un punto de vista teórico, esto significa esforzarse por alcanzar el punto óptimo, vale decir, aquel donde no es posible lograr mejoras en una de las áreas sin que se produzca un empeoramiento en alguna de las restantes. Esta regla de decisión, por cierto, puede también ser aplicada en la evaluación de acciones y políticas tanto públicas como privadas. No es fácil transformar el concepto de sustentabilidad del desarrollo en acciones y políticas operativas. Es necesario además, tener presente que, las fronteras de expansión de cada una de las cuatro áreas que componen el desarrollo sustentable son dinámicas, y que, por lo tanto, el concepto de óptimo deberá entenderse como un punto que variara continuamente. No está muy lejos de la realidad plantear que el desarrollo sustentable, en la actualidad, es una cultura más que una ciencia, algo que se inserta dentro de lo "político" y no de lo técnico.<sup>411</sup>*

En el aspecto señalado podemos decir que la Evaluación de Impacto Ambiental, tal como es utilizada hoy, deviene insuficiente en tanto solo considera los impactos ambientales de proyectos individuales y en tal caso no se consideran alternativas, ya sea de lugar o de proceso, no se aborda el carácter dinámico de las interacciones entre medio ambiente y desarrollo y se descuidan los impactos acumulativos.

Es necesario destacar que en la Legislación de Presupuestos Mínimos de la Republica Argentina, la Evaluación de Impacto Ambiental, ha sido receptada como uno de los Instrumentos de Gestión y Política Ambiental con el cual el Estado Nacional y los Provinciales cumplirán su cometido de protección del medio ambiente y los recursos, pero que en la práctica, se ha observado que el mismo debe ser complementado con Instrumentos preventivos globales, y que atiendan la problemática desde una perspectiva anticipadora, desde la génesis, a los efectos que las decisiones que se adopten, sean las más acertadas posibles.

En tal sentido la Evaluación Ambiental Estratégica ha sido definida como el **proceso formalizado, sistemático y global para evaluar los impactos ambientales de una política, plan o programa, así como sus alternativas, incluida la preparación de un informe escrito sobre los resultados de esa evaluación y el uso de los mismos para la adopción de decisiones publicas respecto de las cuales se deba rendir cuentas**<sup>412</sup>

Como observamos de la definición apuntada, estamos dentro del área de los Instrumentos Preventivos, que tienden a mejorar la toma de decisiones a partir de estudios, análisis e información.

Una inteligente y efectiva implementación de la Evaluación Ambiental Estratégica puede solucionar insuficiencias que presenta la clásica Evaluación de Impacto Ambiental, que por sí sola no es suficiente como mecanismo de gestión ambiental sobre todo en relación a: 1) atención a los impactos, indirectos, acumulativos y sinérgicos; 2) delimitación del ámbito espacial y los plazos temporales en que se pone en práctica un proyecto; 3) falta de una adecuada atención a la generación y selección de alternativas; 4) falta de consi-

411 Del Favero, Gabriel, Katz, Ricardo "La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) y su aplicación a Políticas, Planes y Programas" Estudios Públicos 64 (primavera 1996).

412 Clark, Brian "Alcances y Objetivos de la Evaluación Ambiental Estratégica" Trabajo presentado en el seminario "Aspectos conceptuales y metodológicos para la Evaluación Ambiental Estratégica" Organizado por el Centro de Estudios Públicos 10 y 11 de junio de 1996.

deración de los impactos globales, como el cambio climático, la desertización, la destrucción de la capa de ozono, etc.<sup>413</sup>

Como se observa, los principios y metodologías de la Evaluación de Impacto Ambiental y de la Evaluación Ambiental Estratégica, son los mismos, lo que varía es el ámbito de aplicación de los mismos que van desde lo micro hacia lo macro.

El campo de acción donde se desarrolla y actúa la Evaluación Ambiental Estratégica se encuentra delineado principalmente por el análisis de cuestiones ambientales en los procesos de definición de las estrategias de más elevado nivel y se relaciona íntimamente con una de las principales características del presente instrumento: centrar su interés en el proceso para la adopción de la decisión; lo que significa que no nos encontramos ante una herramienta “de” decisión, sino que preeminentemente direccionada hacia la provisión de los elementos necesarios “para” que la misma sea ambientalmente sustentable.<sup>414</sup>

Con todo, no podemos dejar de observar la resistencia que dicho Instrumento suele tener en los ámbitos de decisión pública.

Las conclusiones y revisión (calificación) de una Evaluación Ambiental Estratégica son extraordinariamente complicadas y constituyen la principal causa de problemas, dados el carácter de juez y parte que asume la autoridad. La autoridad es la autora del plan, y al mismo tiempo se considera que ella es normalmente la única autorizada para revisarlo o evaluarlo. Esto suele traducirse en un problema de credibilidad frente al público. Es más, la posibilidad de que terceras partes, de carácter supuestamente independiente, califiquen las bondades o los problemas de los planes o políticas públicas, hace que esta metodología no sea del agrado de los gobiernos. Otra limitación importante para el establecimiento de la Evaluación Ambiental Estratégica estriba en que los contenidos preliminares de ciertas políticas (tales como detalles de presupuestos del gobierno central), planes y programas pueden considerarse demasiados confidenciales para ser dados a conocer a la opinión pública antes de su aprobación.<sup>415</sup>

A esto debemos adicionarle por último que si se acepta la participación ciudadana amplia como este tipo de Instrumentos requiere, el poder político corre el riesgo de encarar un rechazo previo y estructurado del público, a las decisiones de la autoridad.

En relación con este último comentario debemos decir que la participación ciudadana en las Evaluaciones Ambientales Estratégicas no debe confundirse con cogobierno. Al igual que en la Evaluación de Impacto Ambiental que se aplica a proyectos individuales, la participación ciudadana debe ser considerada solo como un insumo adicional que ha de ser adecuadamente ponderado en la decisión política final que adopten las autoridades.

Visto de este modo el impacto positivo que puede brindar un amplio espacio de participación está relacionado con la validación social de las decisiones ya sea lograda por el hecho de dotar de mayor transparencia al proceso de decisión ante otros agentes (validación pasiva); o bien por compartir total o parcialmente el poder de decisión con los interesados (validación activa).<sup>416</sup>

Pasando al plano normativo debemos mencionar que varios son los antecedentes que podemos mencionar en relación a la utilización de la Evaluación Ambiental Estratégica como instrumento de importancia en la toma de decisiones.

En el marco del “Quinto programa comunitario de actuación en materia de medio ambiente: hacia un desarrollo sostenible” correspondiente al periodo 1992-2000 se puso en marcha la iniciativa para completar el Sistema de Evaluación Ambiental europeo incorporando el análisis de impactos ambientales derivados de Planes y Programas, dando como resultado en el junio del año 2001 la adopción por parte del Parlamento y

---

413 United Nations Environment Programme, UNEP “Environmental Impact Assessment Training Resource Manual” Año 2002

414 JORQUERA ASTORGA, Eduardo, “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica en los modelos latino americanos”, Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/novedades.php?menusup=8&menuinf=5>

415 Del Favero y Katz, op.cit.

416 RINALDI Gustavo “La Evaluación Ambiental Estratégica” en obra colectiva “La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen jurídico- Análisis del nuevo Paradigma”. Dirección: Mauricio Pinto- Liber Martín. 1° Edición. Buenos Aires. Ed. Lajouane 2012.

el Consejo Europeo de la “Directiva 2001/42/EC sobre la evaluación de efectos de ciertos planes y programas en el ambiente”.

Los Estados Miembros tenían la obligación de realizar la transposición de la Directiva en sus jurisdicciones antes del año 2004, quedando de esa manera la Evaluación Ambiental Estratégica incorporada a sus ordenamiento jurídicos, ya sea mediante las propias legislaciones nacionales (transposición normativa) o por aplicación del Principio de Subsidiariedad, estableciendo la obligatoriedad de evaluar estratégicamente los planes y programas que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente.

Ella involucra tanto a la propuestas de los Planes y Programas públicos (sin considerar a las Políticas) como a cualquier modificación de los mismos, siempre que se relacionen con los sectores de agricultura, silvicultura, pesca, energía, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural o utilización del suelo y que establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en la Directiva EIA. También se regula aquellos planes y programas que deban someterse a una evaluación en virtud de los artículos 6 y 7 de la Directiva 92/43/CEE sobre Hábitats; y para los que establezcan un marco para la autorización en el futuro de la aplicación de proyectos distintos a los incluidos en la Directiva EIA (sin limitarse a los sectores anteriormente mencionados) y que por decisión de los Estados miembros se considere que pueden tener efectos significativos en el medio ambiente. Por último refiere que no se alcanzará a aquellos planes y programas cuyo único objetivo sea servir los intereses de la defensa nacional y la protección civil, así como los planes y programas de tipo financiero o presupuestario.

La Evaluación Ambiental Estratégica también se encuentra presente en algunos espacios más específicos como es el caso del Convenio de Espoo sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo de la UNECE (United Nations Economic Commission for Europe) o del Tratado Antártico.

*Si bien el mencionado Convenio de Espoo está referido únicamente al ámbito territorial europeo, adquiere relevancia internacional fuera del mismo, por tratarse de uno de los instrumentos precursores en el tratamiento impactos ambientales transfronterizos. En ese sentido Iza afirma que “El Convenio de Espoo es un hito fundamental en la evolución del derecho internacional ambiental vinculado con instrumentos preventivos. Junto con las Directivas comunitarias, ha contribuido al establecimiento de un marco regulatorio para la EIA en un contexto europeo más amplio que el comunitario y no exclusivamente limitado a cuestiones nacionales sino también para aquellas que exceden las fronteras estatales. De este modo puede ser considerado como un modelo de referencia válido para todos aquellos bloques de países que se encaminan a la adopción de una normativa uniforme en la materia.”. Asimismo, establece que las Partes adoptarán medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar los impactos transfronterizos adversos al ambiente que algún proyecto pueda tener, concentrándose en actividades que los generen en otros países.*

*El 21 de mayo de 2003, en el marco del Convenio de Espoo, se adoptó en Kiev, Ucrania, el Protocolo de Evaluación Ambiental Estratégica que desarrolla una serie de procedimientos relativos a un listado taxativo, evaluación ambiental inicial, participación pública, consulta, consultas transfronterizas, monitoreo así como la importancia y relación de la EAE con políticas y legislaciones existentes.<sup>417</sup>*

#### 4. El Poder Judicial como actor necesario para el desarrollo de los instrumentos de gestión y política ambiental democratizadores

En nuestra introducción mencionábamos en palabras de Ricardo Lorenzetti, la idea de “la ampliación de los espacios de indeterminación en el sistema jurídico que genera una creciente litigiosidad y un mayor protagonismo del Poder Judicial”.

Esta ha sido el faro que ha guiado nuestras reflexiones en el presente trabajo, y la idea fuerza que pretendemos decante con la mayor claridad posible.

Definitivamente en esta suerte de puja entre el reclamo de la sociedad informada y preocupada de los conflictos ambientales, y el poco margen que pareciera le quedan a las autoridades y decisores de incorporar voluntariamente este tipo de Instrumentos, los Poderes Judiciales cumplirán un rol fundamental.

Serán las resoluciones judiciales las que deban poner límites al Poder Público en algunos casos, y en otros marcar el camino a seguir para que se respeten y se cumplan los derechos de los ciudadanos a vivir en un ambiente sano, apto y equilibrado.

La primera parte de su actuación se viene cumpliendo.

Varias han sido ya las resoluciones judiciales en el ámbito de los Tribunales Latinoamericanos que han descripto las insuficiencias de algunos de los Instrumentos de Gestión clásicos, como la Evaluación de Impacto Ambiental.

*...en palabras de Ricardo Lorenzetti, la idea de “la ampliación de los espacios de indeterminación en el sistema jurídico que genera una creciente litigiosidad y un mayor protagonismo del Poder Judicial”. Esta ha sido el faro que ha guiado nuestras reflexiones en el presente trabajo, y la idea fuerza que pretendemos decante con la mayor claridad posible...*

A modo de ejemplo debemos mencionar una Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en una causa caratulada “Salas, Dino y otros vs Estado Nacional s Amparo”.<sup>418</sup>

En la referida acción, el Máximo Tribunal Argentina claramente ordena la complementariedad en la utilización de los Instrumentos de Gestión a fin de que estos sean más eficaces a la hora de obtener resultados provechosos.

En la causa se solicitaba el cese en el desmonte de vasta áreas de la Provincia de Salta en la República Argentina.

Dichos desmontes se realizaban previa autorización que otorgaba la propia Provincia y luego de que esta aprobara los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental a que se sometían las áreas en cuestión.

En resolución de fecha 26 de marzo de 2009, la Corte Suprema de Justicia dispone:

*“En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. La tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar y que, en palabras expresadas por el representante de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en la audiencia pública del día 18 de febrero del corriente año, seguramente será negativo. Que la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga*

418 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”. 29/12/2008. Publicado en: Sup. Adm. 2009 (febrero), 49 - LA LEY 2009-A, 420 - DJ 18/03/2009, 660 - LA LEY 06/05/2009, 10, con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 2009-C, 256, con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 20/05/2009, 5, con nota de María Eugenia Di Paola; José Esain; LA LEY 2009-C, 472, con nota de María Eugenia Di Paola; José Esain; LLP 2009 (junio), 567, con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 06/11/2009, 5, con nota de Andrea Mendivil; LA LEY 2009-F, 467, con nota de Andrea Mendivil. Cita Fallos Corte: 331:2925.

*a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. El estudio referido deberá ser realizado por la Provincia de Salta, en forma conjunta con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada. Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras”*

*La misma situación planteada en el caso Salas, sobre la insuficiencia de la Evaluación de Impacto Ambiental, se ha presentado en Costa Rica, en los autos “Padilla Gutiérrez, Clara Emilia y otros, todos en su condición de vecinos de lugares aledaños al Parque Nacional Marino Las Baulas de Guanacaste c/ Setena, Secretaria Técnica Nacional Ambiental”.- pero en relación a una multiplicidad de proyectos de construcción e inmobiliarios en una zona adyacente al Parque Marino Las Baulas, en el que residen un gran número de especies con elevado nivel de conservación.*

*La demanda se centra en la falta de una evaluación que involucre los impactos ambientales acumulativos considerando el desarrollo regional, en síntesis, no se había solicitado una Evaluación Ambiental Estratégica.*

*En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica indicó que el hecho que la Autoridad Ambiental haya estado otorgando la viabilidad ambiental a proyectos situados, no solo en la zona de amortiguamiento del Parque sino dentro del mismo Parque, de forma individual, sin haber procedido primero, a realizar una valoración integral de la zona, evidentemente pone en riesgo todo el ecosistema del área; y en consecuencia determinó que se proceda “en coordinación en coordinación con el Ministerio de Ambiente y energía, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y las Municipalidades de Santa Cruz, Bandayure, Hojancha, Nicoya Y Carrillo, a realizar un estudio integral sobre el impacto que las construcciones y el desarrollo turístico y urbanístico en la zonas de amortiguamiento del Parque Nacional Marino Las Baulas, producirían al ambiente y las medidas necesarias a tomar, en donde se valore si conviene mejor también expropiar las propiedades que se indiquen allí, y se indique expresamente el impacto que el ruido, las luces, el uso del agua para consumo humano, las aguas negras y servidas, la presencia humana y otros produciría sobre todo el ecosistema de la zona, en especial, la tortuga baula.”*

Por ultimo no podemos dejar de destacar una reciente Resolución del Tribunal Supremo Español de fecha 5 de abril de 2013.

Si bien esta Resolución no integra el conjunto de resolución de Tribunales Latinoamericanos, nos pareció apropiado mostrar cómo, en regiones distintas, las problemáticas finalmente siguen siendo las mismas.

En el resumen a la mencionada Resolución que realiza la Profesora Manuela Mora Ruiz, se destaca que “

*...La Sentencia examinada en esta ocasión resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada el 16 de septiembre de 2009, en el recurso contencioso-administrativo presentado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, de 19 de octubre de 2006, por el que se desestimó recurso de reposición interpuesto por Asociación de propietarios contra la aprobación definitiva del Plan Especial de ejecución de infraestructuras, colectores, depuradora y emisario de las Arroyadas, aprobado por el Ayuntamiento en cuestión. La Sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo, admitiendo, en contra de lo solicitado por la Asociación, la procedencia de trasladar las cargas de urbanización definidas en el Plan a los vecinos, ante la necesidad urgente de depurar los efluentes de las urbanizaciones existentes que actualmente vierten directamente sus aguas al río Jarama; junto a ello, la Sentencia analiza la posible infracción de la normativa ambiental por ausencia del informe de análisis ambiental previo a la aprobación del plan, tal y como prevé la Directiva 2001/42, de 27 de junio, sobre evaluación de los efectos de determinados planes*

*y programas en el medio ambiente y el art. 12 de la Ley 2/2002, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, concluyendo que el Plan Especial examinado no precisa la evaluación ambiental anticipada o estratégica, en la medida en que el plan no afecta a recursos hídricos. El recurso de casación presentado por la Asociación plantea, así, entre otras cuestiones, la necesidad del informe ambiental previo, de acuerdo con el art. 45 CE, 2 a 8 y Anexos I y II Ley 9/2006 y la Directiva 2001/42/CE. El Tribunal Supremo entra a examinar este motivo, reconociendo la necesidad de sujetar el plan especial impugnado a evaluación estratégica (F.J. 7), en la medida en que la normativa de referencia no es aplicable exclusivamente al planeamiento general y sus modificaciones, procediendo la evaluación ambiental de planes especiales...*<sup>419</sup>

De todo lo apuntado se extrae como el Poder Judicial cumple un rol decisivo en la implementación de manera concreta de los Instrumentos para la toma de decisión, en este caso la Evaluación Ambiental Estratégica.

Supone además su actuación, el límite concreto al ejercicio del Poder Público toda vez que determina de manera puntual los incumplimientos en la aplicación de los instrumentos contenidos en las normas, y resguarda el derecho de la ciudadanía, muchas veces en situación de desventaja a la hora de hacer valer los derechos.

## CONCLUSIONES

Nos quita el sueño la implementación efectiva de los derechos ambientales.

La magnitud de la tarea nos indica que no alcanza con impulsos aislados temporal y espacialmente. Es menester unir esfuerzos en la región de América Latina y el Caribe, donde la problemática es similar, para conformar una nueva cultura e impulsar el cambio de paradigma hacia la sustentabilidad económica, política y social.

Por otro lado, pensamos que la mejor manera de atender los problemas ambientales es mediante la implementación de los diversos instrumentos de gestión y política ambiental que se encuentran presentes en la mayoría de los cuerpos normativos.

La aplicación razonable de los principios ambientales, la participación ciudadana, el acceso a la información pública, la evaluación previa de impactos ambientales, entre otros, son las herramientas para la solución de estos conflictos.

En su mayor parte de estos instrumentos implican una fuerte restricción al poder Administrador, estableciendo procedimientos previos para la adopción de sus decisiones.

Generalmente, la Administración no es mansa ni acepta fronteras a su poder de manera pacífica, por lo que en el juego de la división de poderes, en el sistema de pesos y contrapesos del sistema republicano, recae sobre el Poder Judicial la tarea de hacer cumplir esos límites y en la sociedad toda, el reclamar por ellos.

Como hemos visto, en la Evaluación Ambiental Estratégica confluyen muchos de estos instrumentos, los que apuntan esencialmente a la intervención de la sociedad para analizar los impactos ambientales de las decisiones políticas estratégicas.

Por ello, el rol del poder Judicial se acrecenta en la implementación de este instrumento, quien necesita de intervenciones claras, docentes, que demarquen las notas esenciales tendientes a su efectividad.

*Porque, tal como lo manifiesta parte de los Considerandos de la Acordada n° 1/14 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en ocasión de crear la Oficina de Justicia Ambiental "...es vital contar con una judicatura y unas instancias judiciales independientes para la puesta en marcha, el desarrollo la y 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..."*

419 Mora Ruiz, Manuela. Jurisprudencia del Día en "Actualidad Jurídica Ambiental"

<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-supremo-evaluacion-ambiental-estrategica-3/>

420 Acordada n° 1/14 CSJN, disponible en <http://www.cij.gov.ar/nota-13192-Lorenzetti-present--la-Oficina-de-Justicia-Ambiental-de-la-Corte-Suprema.html>

### 3.3 La Comisión de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara de Diputados de Brasil busca responsabilidad y reparación de corporaciones transnacionales mineras, metalúrgicas y financieras

Gisela Hathaway



*Derechos humanos, ambiente, salud, envenenamiento por plomo, responsabilidad civil, reparación, minería*

*La Comisión de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara de Diputados de Brasil ha tomado un papel activo para perseguir la responsabilidad civil y la compensación de las corporaciones transnacionales mineras, metalúrgicas y financieras. Las investigaciones llevadas a cabo han desvelado una compleja red de empresas, brasileñas y extranjeras, que, durante décadas, han estado evadiendo sus responsabilidades por los daños graves al medio ambiente y a la salud de miles de ciudadanos. Un acuerdo o un litigio sobre este conflicto estratégico internacional plantea un desafío a las instituciones públicas y privadas involucradas.*

*La Cámara de Diputados brasileña ha llevado a cabo investigaciones en los últimos dos años para perseguir la responsabilidad civil y la compensación de las corporaciones transnacionales mineras, metalúrgicas y financieras. Su Comisión de Derechos Humanos y Minorías ha destapado una red de corporaciones de empresas, brasileñas y extranjeras, que han estado evadiendo sus responsabilidades por los daños graves al medio ambiente y a la salud de miles de ciudadanos brasileños. Los trabajos de la Comisión han revelado que el grupo Plumbum-Peñarroya con actividades en todo el país, ha dejado una estela importante de responsabilidades. La Cámara está estudiando, en cooperación con la Oficina de Fiscales Públicos y con abogados, tanto de la demanda colectiva como individuales, la viabilidad de llegar a acuerdos extra judiciales, en relación a las distintas demandas, a través de la reparación civil y laboral y por medio de una compensación al Estado brasileño por sus inversiones en salud pública y reparación medio ambiental. El logro de una solución a este conflicto, con todas sus consecuencias sociales y ambientales, ahora parece factible. Los miles de toneladas de residuos de plomo y cadmio vertidos peligrosamente alrededor de las ciudades brasileñas no son solamente desechos o desperdicios. Hoy en día podrían ser un recurso valioso. Las empresas responsables en última instancia, de estos contaminantes ahora cuentan con la tecnología y los medios para reciclar y reutilizarlos. Esta afortunada circunstancia abre una vía adecuada para la negociación. Las víctimas brasileñas envenenadas por metales pesados están solicitando reparación y reconocimiento de la violación de sus derechos como ciudadanos y trabajadores. Quieren justicia, ya sea a través de un acuerdo extrajudicial o por medio de una orden judicial. Esta litigación estratégica internacional, social y ambiental requiere una solución.*

#### INTRODUCCIÓN<sup>421</sup>

La Comisión de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara de Diputados de Brasil - CHRM (Brasil, 2015a) aprobó el 17 de diciembre de 2013, el “Propuesta de Supervisión y Control - PFC n. 149/2013” (Brasil, 2013d), para investigar y divulgar las acciones y/u omisiones de los órganos directos e indirectos del gobierno federal y agentes que no cumplen con las normas y reglamentos de salud, ambiente, laborales y de seguridad social. La PFC 149/2013 se preocupa principalmente por la salud de las víctimas envenenadas por plomo y

421 Este artículo no habría sido posible sin las contribuciones de las víctimas de envenenamiento de plomo y otros metales pesados, sus abogados, fiscales, funcionarios gubernamentales, investigadores y activistas sociales y ambientales. Se basa en una serie de estudios e informes elaborados por el Diputado Roberto de Lucena (Partido Verde, Sao Paulo – PV SP), el ex relator tanto del Grupo de Trabajo sobre la Contaminación por Plomo y de Propuesta de Supervisión y Control - PFC n. 149/2013. La autora agradece su apoyo y orientación, teniendo la plena responsabilidad de las opiniones y puntos de vista expresados en este documento. La autora agradece la colaboración de Eduardo Fernandez Silva, Director de la Consultoría Legislativa de la Cámara (CONLE) y de Alexandre Sankievicz, Coordinador de la División de Derecho Civil y Procedimiento y de Derecho Internacional Privado. El autor también agradece al personal de la Secretaría de la Comisión de la Cámara de Derechos Humanos y de las Minorías, y al ex Secretario Marcos F. de Almeida y al Secretario Márcio M. de Araújo. La autora está agradecida por los fructíferos intercambios de puntos de vista con Lucas de Alencar y Carlos Alberto Fischer Dias C.A., socios de la firma Hathaway, Alencar y Fischer, y por la ayuda inestimable de David L. Hathaway en la traducción, la edición y la discusión de este documento y de muchos otros.

otros metales pesados, y por la reparación ambiental de las áreas degradadas. En cuanto a los asuntos vinculados con la justicia, la PFC 149/2013 intenta hacer responsables a las empresas vinculadas a Peñarroya Minería y Sociedad Metalúrgica por los daños causados al medio ambiente y a la sociedad de Brasil.

Esta iniciativa de la Cámara de Diputados se produce como respuesta a las peticiones expresadas en la Audiencia Pública del 27 de marzo de 2013 que solicitaba diagnosticar y proponer soluciones a la grave situación de las víctimas envenenadas por plomo y otros metales pesados, en Santo Amaro, Bahía. El nombre no oficial de la ciudad es Santo Amaro de la Purificación, en homenaje a su patrona Nuestra Señora de la Purificación<sup>422</sup>. Una coincidencia cultural, religiosa e histórica utiliza el nombre puro para uno de los lugares más contaminados del mundo, conocido como el Chernobyl brasileño<sup>423</sup>. En esa audiencia (Brasil, 2013A) se presentó una desgarradora descripción de los horrores vividos por la población de Santo Amaro, a través del testimonio ofrecido por Adailson P. Moura, Presidente de la Asociación de Víctimas del Plomo, del Cadmio, del Mercurio y de Otros Elementos Químicos (AVICCA, 2015):



Sr. Adailson P. Moura - Mis saludos a las autoridades, a través del Diputado Roberto de Lucena. Buenas tardes. Los habitantes de Santo Amaro le dan las gracias por convocar a las víctimas de plomo a esta audiencia. Soy un trabajador, y me disculpo pero mis emociones todavía me afectan. Es difícil saber que hay plomo en tu sangre y que te vas a morir. (Llorando) No sé cuándo, pero sé que mi tiempo está llegando porque ya he enterrado 940 hermanos. Tenemos 940 viudas en Santo Amaro. Si nos paramos y miramos, podemos ver cuantas familias y niños están sufriendo. Mi nieta nació contaminada con plomo y

no acepto eso! (Llorando) Me gustaría dar mi vida. Me dije que nunca volvería a Brasilia, nunca más, porque yo no creo en nada más, cuando uno se lo deja a los tribunales, al Senado o al Congreso. Sin embargo, después del nacimiento de mi nieta, yo dije - "¡Estoy de vuelta en la lucha!" (Llorando)

Tenemos un hermano sentado aquí. Rompiendo el protocolo, ponte de pie. Él es una víctima más de plomo como yo, que siempre ha luchado y sigue luchando en Santo Amaro.

Ustedes vieron todo lo que hay (video: I. Neves et al, 2012.). Lo vieron todo ahí, ellos vienen a mi casa, las 24 horas del día - y ellos saben que no estoy exagerando, ya que la Asociación tiene su oficina en el piso superior de mi casa, ya que tengo problemas para desplazarme.

Hoy, para venir a Brasilia, sólo yo sé lo que estoy sufriendo. Imaginen a esos niños que están perdiendo sus derechos humanos en el interior del vientre de sus madres, porque ya nacen contaminados con plomo! Imagínese una madre, todo su esfuerzo para llevar a un bebé durante nueve meses y ver cómo nace, como usted vio por sí mismo (en el video)! No hay manera de pagar a alguien (por su sufrimiento) que dice - "Soy una víctima del plomo, Diputado"

Ojalá pudiera nacer de nuevo - Tengo 52 años- para no estar aquí contaminado con plomo, porque es tan doloroso. Son 24 horas al día de dolor: te duelen las rodillas, el brazo, el cuello, y uno es impotente. Cuando un hombre dice que es impotente, ya no es un hombre. Ha perdido su virilidad; ya no es un

422 El mundialmente conocido artista brasileño y cantante Caetano Veloso, nacido en Santo Amaro, reconoce su propia falta de participación política para cambiar esta situación (C. Veloso, 2012). No obstante, la famosa canción de Caetano sobre la purificación del río Subaé es un símbolo extraordinario de la lucha de las víctimas y como lo dice su letra: "Purificar el Subaé / Expulsar a los malditos / A quién pertenece el agua dulce? / Dorada Reina Señora / Amparo del Sergimirim (río) / Rosario de los filtros de agua / de los ríos que desembocan en mí / mi primavera primaria / Los riesgos que corren esa gente morena / El horror del progreso vacío / matando mariscos y pescados del río / Llenando mi canto / de rabia y de pena" (C. Veloso, 1981)

423 Las consecuencias permanentes y fatales de la contaminación de plomo y otros de metales pesados en Santo Amaro se comparan a menudo con las consecuencias catastróficas del desastre de 1986 en la central nuclear de Chernobyl en Ucrania. "El Chernobyl brasileño" es de hecho el título de una novela que mezcla realidad y ficción para narrar la tragedia de Santo Amaro, Bahía (C. Santana, 2012). No es sorprendente que la misma comparación es también común en relación a Adrianópolis (Paraná en Air, 2013A y 2013b).

hombre. La mayoría de mis hermanos ya no son hombres, debido a que han perdido su virilidad. Está pasando una masacre en la población de Santo Amaro. Los Derechos Humanos (La Comisión) deben salir de esta sala, Diputado, e ir a la ciudad de Santo Amaro. La población quiere que ustedes estén presentes en Santo Amaro. Esa es la única manera en que vamos a tener un poco más de dignidad para luchar. Porque hoy en día, si alguien llama a la puerta, la gente sólo mira, sacude la cabeza y dice: - “Yo no creo en nada más”, después de ver una a un Tribunal forzar a un trabajador a tomar sólo R\$1,800 (aproximadamente US\$ 600), bajo las órdenes de algún juez que se supone que está allí para apoyar el lado más débil. La industria del plomo contamina la población, la planta metalúrgica contamina a los trabajadores, pero ellos ya sabían que esto iba a pasar. Esto no es un cuento de hadas. Cuando se construyó la planta en 1960, la gente ya sabía sobre la contaminación del plomo en Francia. ¿Por qué Brasil? ¿Por qué mi país? ¿Por qué nuestro país? Tal vez por las fragilidades y facilidades? Por otra parte, ¿no sería posible formular una ley ahora en esta Cámara para una reparación, para que toda la población de Santo Amaro pueda tener un buen hospital para cuidar a sus hijos? Porque en mi caso, (el plomo), nunca saldrá de mi sangre, mis huesos o mis nervios. El toxicólogo que está aquí lo sabe. Sin embargo, yo no quiero que mi quinta, sexta y séptimas generaciones sufran lo que yo estoy sufriendo hoy.

## 1. Las actividades mineras y metalúrgicas en Brasil: la ampliación del ámbito de la investigación

Inicialmente, la CHRM creó el Grupo de Trabajo sobre la Contaminación por Plomo (GT)<sup>424</sup> para recopilar información detallada sobre la contaminación por plomo y otros metales pesados (principalmente cadmio y mercurio, además de arsénico) que afectan a la población de la ciudad de Santo Amaro, en el Estado de Bahía, Noreste de Brasil.

En una planta metalúrgica construida en 1960 en Santo Amaro, la empresa brasileña de plomo (COBRAC) procesó minerales extraídos de la mina de plomo Boquirá, en el municipio de Macaúbas, también en Bahía. En 1993, COBRAC cerró sus operaciones en Bahía sin asumir responsabilidades mínimas por la salud de sus empleados y sus familias o por la reparación y descontaminación del medio ambiente. Los registros oficiales de las demandas presentadas ante los tribunales demuestran graves violaciones a las leyes ambientales, urbanas, de salud pública, laborales y de seguridad social. Una encuesta realizada por el *GT plomo* encontró que la empresa minera y metalúrgica responsable de los daños sociales y ambientales en Bahía sigue operando en Brasil, a raíz de una serie de fusiones y sucesiones empresariales.

Plumbum compró COBRAC, el cual a su vez más tarde pasó a formar parte de las inversiones Trevisa con sede en Porto Alegre, conocida en el pasado como el Grupo Trevo y el Grupo Luxma.

La situación en Bahía, sin embargo, no es única, ya que el grupo COBRAC/Plumbum está también presente en otras regiones de Brasil. Los riesgos de degradación ambiental y de salud que suponen las operaciones de minería y metalúrgica con plomo y otros metales pesados han afectado a ciudades históricas del Noreste, Sureste y Sur del Brasil. Plantean serias amenazas para los medios de vida de las comunidades que viven en las orillas del río Subaé, en Bahía, y del río Ribeira do Iguape<sup>425</sup>, en la frontera entre São Paulo y Paraná. Las víctimas incluyen miembros de comunidades afro-brasileñas que abandonaron las plantaciones de caña de azúcar para convertirse en mineros y trabajadores metalúrgicos, en Bahía, así como también, indígenas, pescadores y comunidades cimarronas en el valle del río Ribeira.

Por lo tanto, además de la región del Recôncavo Baiano,<sup>426</sup> la otra región más afectada es el valle del río Ribeira,<sup>427</sup> un punto neurálgico de diversidad cultural y biológica y, al igual que Santo Amaro, forma parte del patrimonio histórico de Brasil<sup>428</sup>. El suelo poroso del valle del río Ribeira lo hace aún más vulnerable a

424 Conocido como GT plomo o GT Chumbo, en portugués (Brasil, 2013b). Junto con la autora de este artículo, una Consultora en Derecho Privado y Procesal y Derecho Internacional Privado, los siguientes consultores legislativos participaron en la iniciativa del GT: David R. de Oliveira Júnior, en Derecho del Trabajo y Procedimiento; Maurício Schneider, sobre el Ambiente, Derecho Ambiental, Ordenamiento Territorial, Urbanismo y Desarrollo Regional; Cláudio V. de Carvalho, de Salud Pública y Saneamiento; y Walter Oda, en la Administración de la Seguridad Social y Derecho. La autora agradece a cada uno de ellos por sus ideas y contribuciones, así como a Barbara T. Vitor, Analista en la Sección de Edición de texto de CONLE, por su ayuda.

425 “Las Reservas del Sudeste del Bosque Atlántico, están situadas en los Estados de Paraná y Sao Paulo y ofrecen uno de los mejores y más vastos ejemplos del bosque atlántico brasileño. Las 25 zonas protegidas que forman el sitio suman una superficie de 470.000 hectáreas e ilustran la riqueza biológica y la evolución de los últimos vestigios del bosque atlántico. Desde las montañas cubiertas por tupidos bosques hasta los pantanos e islas costeras con montañas y dunas asiladas, el medio natural extremadamente rico de este sitio va siempre unido a panoramas de una gran belleza.” (UNESCO, 1999).

426 Nombre portugués de ‘zona de la bahía’, que es también significa el nombre del Estado de Bahía.

427 M. Costa (2009) presenta una serie de fotografías aéreas del río Ribeira do Iguape, incluyendo la región afectada por las actividades mineras y metalúrgicas.



la contaminación por plomo y otros metales pesados, lo que agrava mucho más las responsabilidades sociales y ambientales en la región.

Por lo tanto, la CHRM de la Cámara tuvo que ampliar el alcance de la investigación de Bahía a São Paulo y Paraná - en realidad a todo Brasil -, a fin de considerar procesos, aparentemente, aislados sobre explotación de recursos naturales que conducen a la degradación ambiental y daños a la salud como operaciones interconectadas, a cargo de los mismos socios corporativos.

## 2. La responsabilidad por contaminación de plomo como un asunto de Derechos Humanos en la Cámara de Diputados

Para la CHRM de la Cámara, es vital identificar la cadena de rendición de cuentas de las empresas por sus responsabilidades sociales y ambientales que se impugnan en Brasil y en todo el mundo, con el fin de producir una solución definitiva a un conflicto que viene arrastrándose en los tribunales desde hace décadas.

Además de la recopilación de evidencia histórica, económica, legal y documental, la investigación de los Diputados en esta situación incluyó un viaje a Bahía para realizar una Audiencia Pública con cientos de víctimas y sus familiares, abogados y funcionarios públicos.<sup>429</sup> También visitaron la planta metalúrgica fuera de servicio y se llevó a cabo el 2 de septiembre de 2013 una reunión de trabajo con funcionarios de la ciudad en la histórica ciudad de Santo Amaro.

Durante la visita a Bahía, el Diputado Roberto de Lucena, junto con el Fiscal Federal para el Distrito Federal, Peterson de P. Pereira (en representación de la Fiscalía General de la República), se reunió el 3 de septiembre de 2013, en la Oficina del Fiscal Federal en Salvador, con los fiscales públicos federales, estatales y laborales asignados a esa localidad y con la Procura-

428 En el valle del río Ribeira, las ciudades de Cananéia y Iguape, en São Paulo, se encuentran entre los primeros asentamientos urbanos de Brasil, fundadas en 1531 y 1538, respectivamente (R. Sales & A. Moreira, 1996 : 37). La ciudad de Santo Amaro, Bahía, es de 1557 (IBGE, 1984)

429 La Unión General de Trabajadores produjo un video sobre la visita del Grupo de Trabajo de Plomo a Santo Amaro (UGT, 2013).

430 Un registro completo de la Audiencia Pública del Valle del río Ribeira (audio, vídeo y transcripciones) está disponible en el sitio web de la Cámara (Brasil, 2014).

431 La Firma del Dr. Galli, con sede en Curitiba, capital de Paraná, tuvo que llegar a un número de teléfono gratuito (0800 603 0868) para comunicarse con los demandantes de casos Adrianópolis. Esto demuestra la precariedad de su situación social y económica, ya que ni siquiera pueden permitirse el lujo de hacer llamadas telefónicas de larga distancia con el fin de obtener actualizaciones del pleito (Galli et al., 2014).

duría General de la Ciudad de Santo Amaro. Se discutieron acciones legales subsiguientes en relación a este conflicto y se trazaron metas comunes para la cooperación interinstitucional.

El 30 de abril de 2014, el Propuesta de Fiscalización y Control 149 de 2013 convocó a una audiencia pública<sup>430</sup> para discutir la contaminación por plomo y otros metales pesados en el Valle del río Ribeira . Los participantes invitados fueron la Dra. Alessandra Galli, abogada de los daños morales de las víctimas<sup>431</sup>, profesora de la Escuela de la Magistratura de Paraná y del Centro Universitario de Curitiba; los participantes invitados fueron: Zuleica Nycz, Directora de la Asociación de Salud Ambiental Toxisphera, de Curitiba, Paraná en nombre de Rafael F. Filippin, Abogado de la Liga de Medio Ambiente: Justicia ambiental, economía y política energética; Dra. Mônica M. B. Paoliello, Profesora de la Universidad Estatal de Londrina, en Paraná; el Dr. Edson F. Mello, Director del Departamento para el Desarrollo de la Minería Sostenible del Ministerio de Minas y Energía; y Peterson de P. Pereira, Fiscal Federal del Distrito Federal.

La Audiencia Pública del Valle del Río Ribeira celebrada el 30 de abril de 2014 superó las expectativas de los participantes. Pronto quedó muy claro que había un patrón - un modus operandi penal - que disipaba cualquier duda que alguien pudiera tener con respecto al mando único de la empresa Peñarroya<sup>432</sup>. Esa reunión consolidó la comprensión por los profesionales jurídicos, políticos, médicos, geólogos y activistas de que la historia de dos ciudades no puede y no podría contarse de manera separada, si alguna vez esperamos darle un cierre a este drama humanitario.

Debemos tener en cuenta que 2014 fue un año corto en el Congreso Nacional de Brasil debido a la agenda electoral. Las elecciones generales para la Presidencia de la República, Gobernadores de Estado (26 Estados y 1 Distrito Federal), un tercio de los senadores (27 de un total de 81, o 3 por Unidad Federal), y todos los 513 diputados, se llevó a cabo el 5 de octubre, con la segunda vuelta el 26 de octubre. Estas circunstancias apretaron el calendario de Propuesta de Fiscalización y Control 149 de 2013, limitando su agenda, básicamente, a la formulación de recomendaciones al gobierno y la presentación de solicitudes de acceso a información de varias agencias federales.

Desde que la Cámara empezó este trabajo ha habido poco progreso en los temas de salud, prestaciones de seguridad social, compensación laboral, identificación de sitios contaminados y reparación del medio ambiente. A pesar de las reiteradas solicitudes de estos órganos del Congreso, los Ministerios Federales de Salud, Seguridad Social, Desarrollo Social, Trabajo y Ambiente, han respondido, con excusas vagas o culpando al Estado o a las autoridades locales y a otros organismos regulatorios.

En febrero de 2015, la legislatura recién electa asumió el poder y comenzó su proceso de elección de la Mesa y de los voceros, y la designación de los miembros y presidentes de las comisiones permanentes, entre ellos la Comisión de Derechos Humanos y de las Minorías. El relator de la iniciativa del *GT de Plomo y del Órgano de Vigilancia y Control 149 de 2013* fue reelegido, pero está de licencia por tiempo indefinido, como Secretario de Turismo del Gobierno del Estado de São Paulo. El Presidente electo de la CHRM pronto nombrará otro representante para hacerse cargo de la destacada labor de la contaminación por plomo. Mientras tanto, la CHRM acaba de publicar su informe de 2014, con énfasis en su búsqueda de la responsabilidad y compensación por los daños causados por empresas mineras, metalúrgicas y financieras transnacionales en Brasil (Brasil, 2015b: 132-133).

### 3. Identificación de cadenas de responsabilidad nacionales e internacionales

Hay una clara dimensión internacional en esta tragedia social y ambiental brasileña. La investigación histórica, que se remonta a finales del siglo IXX, en Europa, y principios del siglo XX, en Brasil, nos muestra una única compañía que ha logrado sobrevivir a guerras mundiales y a tormentas financieras, reinventándose a sí misma, a costa de un reguero escandaloso de violaciones a los derechos humanos y de la destrucción del medio ambiente.

---

432 Dra. Gallitrazo un DVD de una serie documental presentada por TV Record en 2012: "Los herederos del plomo: Adrianópolis" (Paraná on Air, 2012a ). Cuatro de los cinco episodios también se pueden ver en Internet (Paraná en Air , 2012b , 2012c , 2012E 2012D &). Seguimiento de los programas de noticias con información actualizada de la situación (Paraná en Air , 2012f , 2013A y 2013b).

Fundada en Francia en 1881, la Sociedad Peñarroya de Minería y Metalúrgica fue un ícono de la industrialización europea. Esta compañía francesa tiene un nombre español<sup>433</sup> en referencia a la región de España donde la Compañía Belmez de Minería de Carbón y Metalúrgica explotaron la mina de El Terrible desde 1869, de la cual los hermanos Rothschild fundaron Peñarroya (M. López-Morell & J. O’Kean, 2010).

A principios del siglo siguiente, Peñarroya se convirtió en socia del industrial portugués Adriano Fagundes Seabra en Brasil. Desde finales de 1930, la empresa Plumbum de Brasil Ltd de Adriano Seabra minó y fundió plomo y otros minerales en el Valle del río Ribeira. En ese momento, él estaba particularmente interesado en trabajar la mina Panelas, en la frontera entre los Estados de Paraná y São Paulo, en una ciudad que más tarde sería rebautizada como Adrianópolis, en su honor. A finales de los años 50, Adriano Seabra también se unió a Peñarroya para trabajar la mina Boquirá, en Bahía, así como para operar la planta metalúrgica en la ciudad de Santo Amaro, más cerca del puerto en Salvador. En Bahía, la compañía adoptó el nombre de compañía brasileña de plomo (COBRAC).

Justo al final del periodo de Getúlio Vargas, el Decreto Presidencial 35,930 del 29 de julio de 1954,<sup>434</sup> autorizó a la Sociedad Minera y Metalúrgica de Peñarroya a operar en Brasil. Éstas son algunas de sus cláusulas más importantes:

El Presidente de la República, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 87/I de la Constitución y de acuerdo con el Decreto-Ley 2627 del 26 de septiembre de 1940, decreta:

Artículo único - La “Sociedad Minera y Metalúrgica Peñarroya”, con sede en París, Francia, queda autorizada para operar en la República, de conformidad con los Estatutos presentados por dicha sociedad, y con el capital para sus operaciones comerciales en Brasil de Cr\$ 10,000,000.00 (diez millones de cruzeiros), de conformidad con las resoluciones aprobadas en la Asamblea General Ordinaria de accionistas y el período de sesiones de su Consejo de Administración, celebradas, respectivamente, el 04 de julio de 1952 y 29 de enero de 1954, bajo la forma de las cláusulas anexas firmadas por el Ministerio Federal de Trabajo, Industria y Asuntos Comerciales, reconociendo su obligación de obedecer plenamente las leyes y normas vigentes, o que pueda entrar en vigor, con respecto al objeto de la presente autorización.

Río de Janeiro, 29 de Julio de 1954; 133 año de la Independencia y 66 año de la República.

- Getúlio Vargas.
- Hugo de Araújo Faria.

Las siguientes cláusulas anexas a ese Decreto contienen las obligaciones acordadas por Peñarroya y el gobierno brasileño:

I - La Sociedad Minera y Metalúrgica Peñarroya está obligada a tener un representante general en Brasil de forma permanente, con plenos e ilimitados poderes para hacer frente y resolver definitivamente las cuestiones que pueden surgir con respecto al Gobierno o a individuos, y que puede ser demandado y recibir notificación inicial por representar a esa empresa.

II - Todos los actos llevados a cabo en Brasil estarán sujetos únicamente a las respectivas leyes, reglamentos, y a la jurisdicción de sus tribunales judiciales o administrativos y en ningún momento puede tal compañía reclamar ninguna excepción, sobre la base de sus Estatutos, cuyas disposiciones no podrán ser motivo de cualquier reclamación relativa a la ejecución de obras o servicios a los que se refieren.

III - La empresa no puede realizar en Brasil ninguna actividad establecida en sus Estatutos que no sea permitida a las empresas extranjeras, y sólo podrá ejercer aquellas que requieran autorización previa del gobierno después que dicha autorización haya sido obtenida y bajo las condiciones establecidas por dicha aprobación.

IV - Cualquier cambio que la empresa necesite hacer de los artículos de sus Estatutos dependerá de la autorización del gobierno. Su autorización para operar en la República será revocada si se viola esta cláusula.

V - Se entiende que la autorización se otorga sin perjuicio del principio de que la Sociedad está sometida a las disposiciones legales que rigen a las corporaciones.

---

433 El nombre de Peñarroya se refiere al Castillo de Peñarroya, una antigua fortaleza española. El Decreto Real 1727, de 28 de diciembre de 1990 reconoció el Castillo de Peñarroya como monumento histórico y cultural de España. Se encuentra ubicado en la provincia de Ciudad Real, junto a la provincia de Peñarroya - Pueblo Nuevo hasta 1886, parte de la provincia de Belmez, en la región de Andalucía, en Córdoba (España, 1991). La combinación de las palabras peña (roca) y la roya (rojo) “es una referencia al color de la enorme roca a cuyos pies se encuentra la aldea” (Esto es Andalucía, 2015).

434 Anexo al Informe Final del GT de Plomo aprobado por la CHRm el 16 de octubre de 2013 (Brasil, 1954; Brasil, 2013a), la versión mecanografiada de la norma fue de 51 páginas con alrededor de 16.000 palabras.

VI - La infracción de cualquiera de las disposiciones para la cual no haya sido especificada una sanción, será castigada con una multa de mil cruzeiros (Cr \$ 1,000.00) a cinco mil cruzeiros (Cr \$ 5.000,00 ) y, en caso de reincidencia, la autorización concedida por el decreto que regula estas cláusulas deberán ser revocadas.

Un Decreto sin número con fecha 10 de mayo de 1991 (Brasil, 1991) revocó el Decreto Presidencial 35,930 del 29 de julio de 1954, junto con miles de otros reglamentos ejecutivos, en un esfuerzo, para, supuestamente podar legislación irrelevante y antigua. Sin embargo, el Decreto 35,930 se mantuvo en vigor desde 1954 hasta 1991, período en el que Peñarroya, sus socios y sucesores causaron la mayor parte de los daños en Brasil.

Aunque el Decreto 33,9309/54 ya no está en vigor, sus disposiciones afectan a Peñarroya y su línea corporativa de sucesión hasta el día de hoy, porque define claramente la línea de responsabilidad. De hecho, tanto el cuerpo como las cláusulas y los documentos anexos al Decreto 33,9309/54 establecen la responsabilidad de Peñarroya por daños causados por las actividades mineras y metalúrgicas realizadas en su nombre o en su beneficio, en Brasil. Esas cláusulas, que hacen a la empresa responsable, sujeta a la ley y a los tribunales de Brasil y establecen otras condiciones para la aplicación de la autorización firmada por el presidente Getúlio Vargas apenas unos días antes de su muerte, dan testimonio de la precaución y las perspectivas a largo plazo de los miembros del gobierno brasileño.

Si el gobierno en 1991 hubiera sido consciente de la importancia de este decreto, sin duda no habría sido enterrado en la fosa común de un sinnúmero de decretos y normas obsoletas. Sin embargo, como las plantas de metalúrgicas cerraron en Santo Amaro en 1993 y en Adrianópolis en 1995, para 1991 ya habían ocurrido la mayor parte de los daños a las comunidades y los entornos locales, por los cuales dichas empresas son responsables. Estos daños son acumulativos y crónicos, lo que significa que sus efectos aún se sienten hoy. Dado que las empresas no proporcionaron atención médica a las víctimas, ni limpiaron o repararon el medio ambiente, los problemas no hicieron más que empeorar en los años siguientes.

Sesenta años después de su publicación, el Decreto 33,9309/54 proporciona toda la información necesaria para comprender la intrincada red de intereses que unen Peñarroya a sus filiales en Brasil y en el extranjero. La relevancia histórica de este Decreto - cualquiera que sea su situación jurídica - es motivo suficiente para el Estado brasileño, hoy, pueda hacer a Peñarroya responsable, junto a sus sucesores y filiales en todo el mundo, por daños sociales y ambientales ocasionados en Brasil.

Al vincular la “autorización para operar en la República” dada a Peñarroya a una serie de compromisos que la hacen responsable por los daños públicos o privados, al aceptar a los tribunales brasileños para la solución de controversias y al obedecer las leyes en vigor en ese momento y en el futuro, el gobierno brasileño estableció condiciones permanentes para las actividades de Peñarroya en Brasil. Ese acuerdo gubernamental y corporativo conjunto fue un arreglo que aseguró el dominio constitucional de la Unión Brasileña sobre los recursos minerales del país, a la vez que se compartían tanto los altos costos y los altos beneficios de esas actividades con los inversionistas privados extranjeros.



El estudio de la Cámara<sup>436</sup> identificó las empresas brasileñas, como PLUMBUM S/A Industria Brasileña de Minería, y más tarde la compañía Brasileña de Plomo - COBRAC, y la Compañía Argentífera Furnas Minería, Industria y Comercio Ltd. - CAF, de las actividades mineras y metalúrgicas como socios de Peñarroya y responsables, respectivamente, en la mina Panelas en Paraná, en la mina Boquirá en Bahía y las minas de Furnas y Lageado en São Paulo. Las empresas creadas por los representantes de Peñarroya en Brasil incluyen la Sociedade Paulista de Metais Ltda, establecida en São Paulo en 1941, Auxiliar de Empresas de Mineração S.A.- AEMSA, establecida en Salvador, Bahía, en la década de 1960 y Participaciones Mineras y Financieras - Parmifi Ltd., establecida en Uruguay, probablemente en el 1970. Peñarroya, por su parte, ejerció el pleno control de la corporación, a través de

436 El siguiente análisis comprende la investigación primaria de información comercial publicada en boletines oficiales, los principales periódicos y reportes corporativos y boletines. El estudio completo aún no ha sido publicado, aunque sus resultados son traducidos y sintetizados en esta sesión.

estas empresas, sobre todo los procesos de minería y metalúrgica, así como su funcionamiento y asistencia financiera en Brasil.<sup>437</sup>

A nivel mundial, Peñarroya pasó por tiempos difíciles en los años 1980 y en 1988 tuvo que fusionarse con la empresa alemana Preussag y otra empresa filial de Rothschild Brothers - I metal de propiedad francesa - para salir con vida en esa década, como Metaleurop (C. Costa & F. Fernandes, 2012). El resultado de la fusión fue un éxito, ya que la empresa comenzó a especializarse en el reciclaje de metales pesados, en parte debido al agotamiento de las reservas mundiales, y en parte debido a las grandes ganancias obtuvo del reciclaje “materiales interminables ...”<sup>438</sup>. Como facilitadores del sector minero y metales a nivel mundial, el Grupo Rothschild además pronto procedió a reestructurar dos de sus otras grandes corporaciones europeas, Imerys (en 1991) y Eramet (en 2008).

En 2007, Metaleurop salió de una nueva versión interna RECYLEX, tercer fabricante líder más grande de Europa. Ahora recicla metales pesados que se encuentran en las baterías industriales y del automóvil. También recicla plásticos y produce metales sofisticados para los equipos utilizados por la industria de Sistemas de Información. Glencore tiene el 33% de las acciones de RECYLEX.

Glencore se convirtió en la cuarta corporación más grande del mundo después de la fusión el 02 de mayo de 2013 entre la empresa británica Glencore International con la empresa suiza Xstrata<sup>439</sup>. Esas renombradas negociaciones sacaron los seis altos ejecutivos que les dirigían hacia el estatus privilegiado de los multimillonarios. El acuerdo de fusión involucró más de cuarenta mil millones de dólares. Glencore es hoy una empresa con activos estimados en sesenta mil millones de dólares<sup>440</sup>. El mercado está empezando a conocer a “la empresa más grande que nunca se ha oído hablar” (E. Onstad et al., 2011).

Los siguientes gráficos ilustran la intrincada red de responsabilidad corporativa que se acaba de describir hasta el momento, resultado del proceso de hallazgos de la Cámara que fue capaz de identificar sus principales componentes. El gráfico 1 detalla los vínculos de control y la sucesión internacionales, mientras que el gráfico 2 proporciona los vínculos en el escenario empresarial brasileño.

---

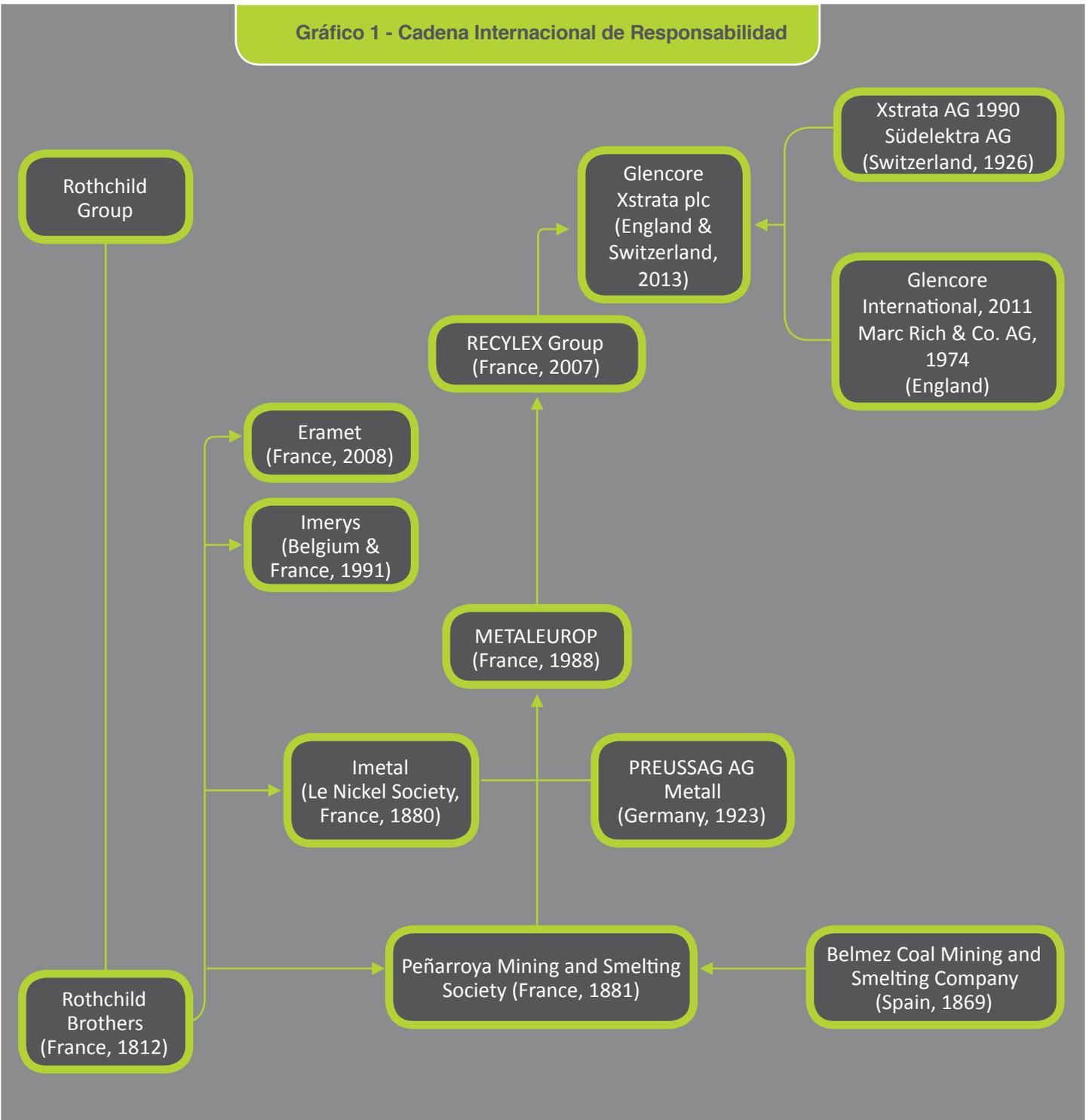
437 Los nombres originales en español y en portugués: PLUMBUM S.A. Indústria Brasileira de Mineração; Companhia Brasileira de Chumbo - CO BRAC; Companhia Argentífera Furnas Mineração Ind. e Com. Ltda. - CAF; Sociedade Paulista de Metais Ltda. - SPM; Auxiliar de Empresas de Mineração S.A.- AEMSA; e Participaciones Mineras y Financieras - Parmifi Ltda.

438 La frase de marketing utilizada por el sucesor de Metaleurop, Recylex, se refería a una línea de negocio que, por ejemplo, recicla el 80% del plomo de las baterías de coche en nuevas baterías (Recylex, 2015). Desafortunadamente, esto también causa daños por plomo y otros metales pesados.

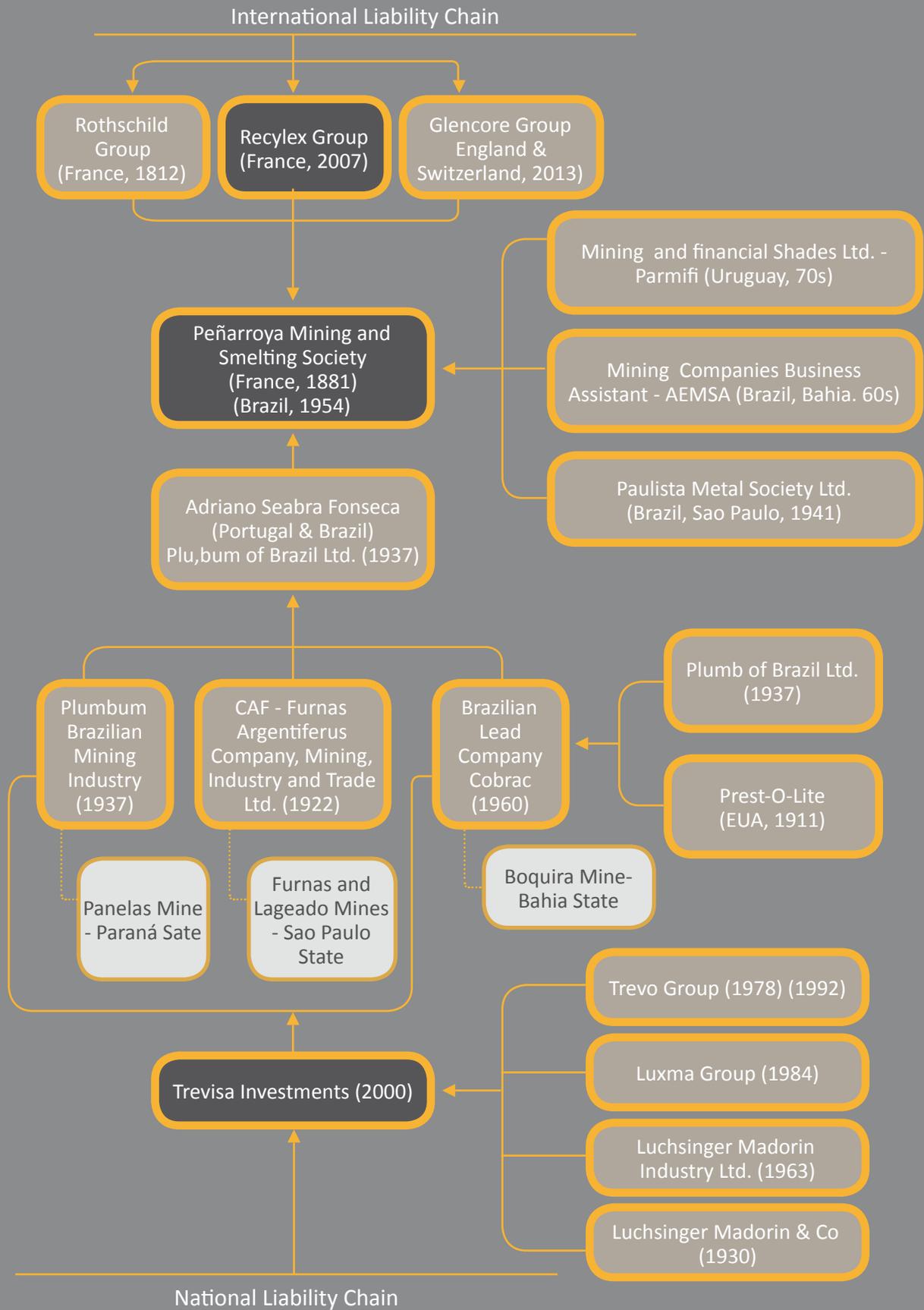
439 La identidad de la compañía metalúrgica fue primero “Glencore Xstrata”. El nombre del conglomerado corporativo volvió recientemente a llamarse “Glencore”.

440 La presentación del Grupo Glencore es la siguiente: “Somos una de las empresas más grandes del mundo de recursos naturales diversificados y un importante productor y comercializador de más de 90 productos básicos. Nuestras operaciones forman parte de más de 150 sitios de minería y metalurgia, producción de petróleo e instalaciones agrícolas. Con una fuerte presencia en ambas regiones, emergentes y desarrolladas en recursos naturales, nuestras actividades industriales y de comercialización son apoyadas por una red global de más de 90 oficinas ubicadas en más de 50 países. Nuestros clientes son los consumidores industriales, así como de procesamiento de alimentos, acero, generación de energía y petróleo. También ofrecemos financiamiento, logística y otros servicios a productores y consumidores de los productos básicos. Empleamos alrededor de 181 mil personas. Glencore está orgulloso de ser un miembro de los principios voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos y el Consejo Internacional de Minería y Metales. Somos un activo participante en la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas.” (Glencore, 2015).

Gráfico 1 - Cadena Internacional de Responsabilidad



**Gráfico 2 – Conexión de las Cadenas de Responsabilidad Nacionales e Internacionales**



#### 4. Conflicto estratégico internacional: fabricación de la resolución.

La identificación de las cadenas nacionales e internacionales de responsabilidad corporativa de los daños sociales y ambientales en Brasil es un paso clave hacia la solución de los conflictos que se han arrastrando desde hace décadas en los tribunales. Esos conflictos no sólo involucran a las comunidades directamente afectadas, sino a todos los brasileños. El Estado tiene una responsabilidad importante de todo el proceso, y el Decreto 35.930/54, sesenta años más tarde, todavía proporciona un fundamento jurídico para las acusaciones contra los contaminadores que han costado tan caro a los ciudadanos brasileños.

De hecho, es también crucial establecer las responsabilidades del sector público por estos daños sociales y ambientales, para asegurar que las autoridades también puedan enmendarse. A través de esta experiencia de aprendizaje institucional, los organismos públicos deben demostrar que pueden transformar sus métodos administrativos para prevenir futuros conflictos, evitar daños al medio ambiente y, sobre todo, salvar vidas.

La responsabilidad por los daños sociales y ambientales causados por la minería y la fundición de plomo y otros metales pesados en Bahía, Paraná y São Paulo recae en un conglomerado empresarial representado en Brasil por Inversiones Trevisa, anteriormente Plumbum y COBRAC. Fuera de Brasil, la responsabilidad recae en las empresas que han sucedido a Sociedad Minera y Metalúrgica Peñarroya: Grupo RECYLEX y el Grupo Rothschild, con sede en París, Francia, y la anglo-suiza Glencore.

El siguiente paso será trabajar conjuntamente con la Oficina del Fiscal General de la República y con abogados privados para analizar la viabilidad de las negociaciones fuera de los tribunales a fin de resolver las miles de demandas que actualmente están en los tribunales de los Estados de Bahía, Paraná y São Paulo. Las demandas se refieren a la reparación civil o laboral de las víctimas y/o modalidades de compensación al Estado brasileño por los gastos incurridos en el pasado, presente y futuro al hacerse cargo de las personas intoxicadas por plomo y otros metales pesados y el medio ambiente.

La Constitución brasileña (artículo 49-X) le da al Congreso las competencias exclusivas para supervisar y controlar directamente los actos del poder ejecutivo del gobierno. El Congreso Nacional, por lo tanto, deberá seguir participando en todas las iniciativas coordinadas por la Fiscalía General de la República para establecer las responsabilidades civiles, penales y administrativas de los contaminadores y de las autoridades públicas. Por los actos o las omisiones de los que han tolerado la degradación del medio ambiente y de la salud de los ciudadanos brasileños, por los efectos permanentes y acumulativos de la exposición al plomo y otros metales pesados.

Es esencial cuantificar el daño ya hecho a los ciudadanos individuales, la población en su conjunto y al gobierno. Es igualmente importante hacer un análisis comparativo de la gran cantidad de demandas que ya se han presentado en Brasil y en los tribunales internacionales en materia de reparación de los daños causados por las actividades contaminantes, que contaban con licencia oficial o no. Los litigios sobre asbesto también ofrecen información valiosa para los casos de contaminación de metales pesados (TST, 2014).

El alcance internacional de este caso, que incluye violaciones de los derechos humanos de los trabajadores y de las comunidades afectadas por las operaciones de minería y metalúrgica en Brasil por parte de empresas transnacionales con sede en Europa, todavía exige nuevas iniciativas y una amplia cooperación internacional.

Estas violaciones, por su propia escala, equivalen a crímenes de lesa humanidad<sup>441</sup>. Además de un número no establecido de abortos involuntarios, malformaciones fetales y bebés nacidos muertos, 948 trabajadores<sup>442</sup> de una sola planta metalúrgica en Santo Amaro, Bahía han muerto a causa de la exposición ocupacional al plomo y otras toxinas metálicas. Según Marcos M. de Mendonça, el abogado de AVICCA, la asociación de víctimas en el Estado de Bahía cuenta con 1.136 demandantes. Según los abogados de Para-

441 Sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, así como sobre el litigio en los tribunales internacionales y regionales con respecto a estos derechos véase T. van Boven, 2009, 2010a y 2010b; Corte Internacional de Justicia, de 2006; FIDH 2007 y 2013; ONU 2003, 2006 y 2006b.

442 Otros cálculos conservadores sobre la situación en Santo Amaro, han puesto el número de muertes en 214 (L. Giraldo y D. Silvestre, 2006) o de 619 trabajadores (AVICCA apud Secretaría de Saúde, 2010). En la ausencia de estadísticas oficiales en un tema de tanta preocupación, se han basado en las cifras de la asociación de las víctimas. Han contado certificados de defunción y entierro de esposos, compañeros y vecinos. Adailson P. Moura, presidente de AVICCA, presentó la última cifra de 940 víctimas fatales, citado antes (Brasil, 2013A). Para el momento que el grupo de trabajo de plomo visitó Santo Amaro, ese número ya era 948 (UGT, 2013)

ná, Alessandra Galli y Rafael F. Filippin, hay más de 5.000 que han introducido demandas en los tribunales en los Estados de Paraná y São Paulo. En la ciudad de Santo Amaro, 642 niños están contaminados. Más de 1.200 familias no han recibido compensación por la pérdida de familiares o por intoxicación, como por ejemplo, las esposas contaminadas al lavar los uniformes de sus maridos (L. Giraldo y D. Silvestre, 2006).

Se puede medir el impacto ambiental en Santo Amaro por las 490.000 toneladas de plomo tóxico y escoria de cadmio almacenada en las instalaciones de la planta; y los 58.000 metros cúbicos de escoria que se distribuyeron en las calles y las paredes de la ciudad, como material de construcción “reciclado” “donado” por los propietarios de la planta. También se cortaron filtros usados en el proceso de fundición y se les daba a las familias como esteras para los parques infantiles de sus hijos<sup>443</sup>. Desde 1960 hasta que la planta metalúrgica cerró en 1993, la operación de Peñarroya en Santo Amaro generó 900.000 toneladas de lingotes de plomo, además de, que nunca se contabilizó, el volumen de “subproductos” de oro y plata. La producción contabilizada de plomo representó unos ingresos de US \$ 450 millones de dólares - no ajustados por inflación - durante esas tres décadas. (Mapa de conflictos, 2014a).

En el Valle del río Ribeira, donde Plumbum operó sus minas de plomo y su planta metalúrgica en Adrianópolis desde 1937 a 1995, la empresa informó oficialmente la producción de 210.000 toneladas de lingotes de plomo y 240 mil toneladas de lingotes de plata. No hay estimación disponible de la facturación corporativa o los ingresos relacionados con esa producción. Las últimas estimaciones indican que 18.000 personas fueron envenenadas por plomo, 2.000 trabajadores han demandado a la empresa en los tribunales del trabajo por problemas de salud ocupacional relacionados con el plomo y la empresa vertió 350.000 toneladas de plomo y escoria de cadmio en las orillas del río Ribeira do Iguape (Mapa de los conflictos, 2014b).

Estos intereses corporativos privados han condenado a miles de personas a la muerte o a vivir con deficiencias neurológicas graves, internas, de movilidad y alteraciones mentales así como a zonas geográficas enteras. Los niños han sufrido daños permanentes en su desarrollo físico y mental.<sup>444</sup> Incluso las personas lo suficientemente afortunadas de poder seguir trabajando permanecen sin empleo, porque no hay potenciales empleadores dispuestos a contratar a alguien conocido por ser futura víctima de discapacidades costosas e incurables a largo plazo.

El Secretario de Cooperación Jurídica Internacional de la Oficina del Fiscal General de la Unión ha expresado el interés de la Oficina en la apertura del primer caso en el país en la cooperación internacional que no está relacionada con delitos financieros o delitos contra la administración pública, pero que implica la violación de tratados fundamentales de derechos humanos y de la Constitución del Brasil y el marco legal relacionado a los derechos fundamentales en el trabajo, la salud, la seguridad social y a un medio ambiente equilibrado (Brasil, 2014).

Desde que Brasil es un miembro activo de las instituciones internacionales sobre derechos humanos (Tabla 1), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>445</sup> y la Corte Penal Internacional (CPI) son foros elegibles para que se lleve a cabo este litigio<sup>446</sup>.

Hay un sentimiento generalizado entre los profesionales del Derecho que participan en este asunto, que este puede ser un momento propicio para que las instituciones brasileñas puedan acercarse a las corporaciones transnacionales para lograr un entendimiento sobre la magnitud de los daños y sobre su responsabilidad en la indemnización y reparación a todas las víctimas.

Estas corporaciones transnacionales de alto perfil tienen una reputación que mantener (G. Hathaway, 2005). Aunque no estamos comparando a aquellos que perdieron sus vidas y medios de subsistencia debido a la intoxicación por metales pesados con lo que pueden perder los accionistas de la compañía, sin duda, reconocemos que los litigios internacionales bien preparados en nombre de las miles de víctimas y del Estado brasileño tienen el potencial de dañar los activos de estas empresas y sus perspectivas futuras.

443 Este tipo de “caridad” también sucedió en Adrianópolis, Paraná (Brasil, 2014) .

444 Los niños víctimas de la delincuencia son reconocidos por Las Naciones Unidas reconocen los derechos de los niños víctimas o testigos de violencia a recibir tratamiento especial en el sistema de justicia (ECOSOC, 2005 y ONU, 2009). Para una descripción clara de los derechos humanos de los niños como minoría por su grupo de edad véase J. Nickel, 2007

445 Un informe preliminar sobre la cuestión de la contaminación por plomo ya ha sido discutido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Plataforma DhESCA Brasil , 2006).

446 Para una revisión actualizada de los regímenes de derechos humanos en las Américas, los avances y desafíos por abordar ver M. Serrano, 2010: 1-20 y N. Turner y V. Popovski , 2010 : 228-243

## CONCLUSIONES

El logro de una solución a este conflicto, con consecuencias sociales y ambientales alarmantes, ahora parece ser un objetivo factible. Los miles de toneladas de escoria de plomo que Plumbum - en asociación con Peñarroya y sus sucesores – vertió peligrosamente al azar alrededor de las ciudades brasileñas ya no es sólo cuentos o desperdicios. Hoy en día parece que han convertido en un recurso valioso.

Las empresas, que en última instancia son responsables de esa contaminación, a través de sus diversos personajes nacionales e internacionales, ahora tienen la capacidad financiera, la tecnología y los medios para reciclar y reutilizar esos contaminantes. Esta circunstancia esperanzadora abre una vía útil para la negociación.

Para allá de las condenaciones criminales, las víctimas de Brasil por envenenamiento de plomo y otros metales pesados están pidiendo a gritos una reparación y el reconocimiento de la violación de sus derechos como ciudadanos y trabajadores. Estas víctimas quieren justicia, sea está dentro o fuera de los tribunales.

La CHRM de la Cámara, en colaboración con la Fiscalía General de la República y abogados privados, tienen razones para creer que la cooperación internacional amplia entre diversas instituciones puede convencer a estas corporaciones transnacionales - los gigantes que han dejado huellas gigantescas - a materializar en Brasil la justicia tan esperada por las víctimas de contaminación por plomo y otros metales pesados.

**Tabla 1. Brasil como Miembro de Instituciones Internacionales sobre Derechos Humanos**

Régimen e Institución	Instrumento	Adopción	Entrada en vigor	Signatarios y Partes	Estatus en Brasil	Aprobación del Congreso	Promulgación
<b>Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b>  <b>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>  <b>(IACHR)</b>  <b>Organización de los Estados Americanos (OEA)</b>	<b>Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José (1969)</b>  <b>Corte Interamericana de Derechos Humanos (1969)</b>	San José, Costa Rica 22 de noviembre de 1969	Internacional 18 de julio de 1978	19 Signatarios  25 Partes	Adhesión  9 de julio de 1992	Decreto Legislativo 27  26 de mayo de 1992	Decreto Ejecutivo 678  6 de noviembre de 1992
			Nacional 7 de octubre de 1992				
			Internacional 18 de julio de 1978  Nacional 10 de diciembre de 1998	22 Partes	Aceptación de la competencia  10 de diciembre de 1998	Decreto Legislativo 89  3 de diciembre de 1998	Decreto Ejecutivo 4,463  8 de noviembre de 2002
<b>Estado de Derecho Internacional</b>  <b>Naciones Unidas (ONU)</b>	<b>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)</b>	Viena, Austria  23 de mayo de 1969	Internacional 27 de enero de 1980  Nacional 27 de octubre de 2009	45 Signatarios  114 Partes  Ratificación 27 septiembre 2009	Signatario  23 de mayo de 1969	Decreto Legislativo 496  17 de julio de 2009	Decreto Ejecutivo 7,030  14 de diciembre de 2009

<b>Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional y del Procedimiento Naciones Unidas (ONU)</b>	<b>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)</b>	Nueva York, Estados Unidos  16 de diciembre de 1966	Internacional 3 de enero de 1976	70 Signatarios 164 Partes	Adhesión  24 de enero de 1992	Decreto Legislativo 226  12 de diciembre de 1991	Decreto Ejecutivo 591  6 de julio de 1992
			Nacional 24 de abril de 1992				
		<b>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)</b>	Internacional 23 de marzo de 1976	74 Signatarios 168 Partes			
	<b>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)</b>	Roma, Italia  17 de julio de 1998	Internacional y nacional  1 de julio de 2002	139 Signatarios 122 Partes Ratificación 20 de junio de 2002	Signatario  7 de febrero de 2000	Decreto Legislativo 112  6 de julio de 2002	Decreto Ejecutivo 4,388  25 de septiembre de 2002
	<b>Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (2002)</b>	Nueva York, Estados Unidos  9 de septiembre de 2002	Internacional 22 de julio de 2004	62 Signatarios 73 Partes Ratificación 12 de diciembre de 2011	Signatario  17 de mayo de 2004	Decreto Legislativo 291  22 de septiembre de 2011	---
			Nacional 11 de enero 2012				

*Fuentes: Base de datos de las Organizaciones Internacionales (Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Penal Internacional); LexML - Red de Información Legislativa y Jurídica (Brasil).*

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVICCA - Association of the Victims of Lead, Cadmium, Mercury and other Chemical Elements, Facebook Page (2015), available at <<https://www.facebook.com/pages/Associa%C3%A7%C3%A3o-das-vitimas-do-chumbo-da-bahia/270138963150116?pnref=story>>, accessed March 13 2015.

Brazil, Decree 36,930 of July 29 1954 authorizes the “Société Minière & Métallurgique de Peñarroya” to function in the Republic. Official Gazette of the Union, Section 1, Year 53, n. 183, August 11 1954, p. 13905 to 13916 (1954), available at <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/2693077/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-11-08-1954/pdfView>>, accessed March 20 2015.

Brazil, Decree of May 10 1991 safeguards the legal effects of declaratory acts of social interest or public utility with the purpose of expropriation or institution of administrative easement, upholds authorizations for the operation of companies on Sundays and holidays, and revokes the mentioned decrees, Official Gazette of the Union, Section 1, May 13 1991, p. 8938 (1991), available at <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1991/decreto-546-10-maio-1991-497253-norma-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1991/decreto-546-10-maio-1991-497253-norma-pe.html)>, accessed March 20 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Committee on Human Rights and Minorities, Oversight and Control Body 149 of 2013, Public Hearing on April 30 2014 to discuss lead and other heavy metals pollution in the Ribeira River Valley (2014), available at <<http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoCom.asp?codReuniao=35997>>, accessed March 15 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Committee on Human Rights and Minorities' website (2015a), available at <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm>>, accessed January 26 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Committee on Human Rights and Minorities, Oversight and Control Body 149 of 2013 proceedings' information page (2013d) available at <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601096>>, accessed January 26 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Committee on Human Rights and Minorities, Official Transcript of Public Hearing on March 27 2013 about lead contamination in Santo Amaro, Bahia (2013a), available at <<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0193/13>>, accessed January 26 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Committee on Human Rights and Minorities, Ordinary Session of April 3 2014. Creation of the Working Group on Lead Contamination (Lead WG), upon approval of Request 18/2013 by Representative Roberto de Lucena, "which calls for the creation of a Working Group, under the Committee on Human Rights and Minorities, composed of members of Congress and civil society representatives, with the purpose of compiling diagnostics and studies on the grave situation of lead contamination in Santo Amaro da Purificação, Bahia" (2013b), available at <<http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1073233.htm>>, accessed January 26 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Committee on Human Rights and Minorities, Ordinary Session of October 16 2013, Approval of the Final Report of the Working Group on Lead Contamination (2013c), available at <<http://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoCom.asp?codReuniao=34064>>, accessed January 26 2015.

Brazil, National Congress, House of Representatives, Human rights in the House of Representatives in 2014, Report of the Committee on Human Rights and Minorities (2015b), available at <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/direitos-humanos-na-camara-dos-deputados-em-2014>>, accessed March 17 2015.

Brazilian Institute of Geography and Statistics, Cities, Santo Amaro, Bahia, infographics: history, IBGE (1984), available at <<http://cod.ibge.gov.br/1320>>, accessed January 28 2015.

Caetano Veloso, Heavy metal, Universal Music Brazil (2012), available at <[http://caetanoveloso.com.br/blog\\_post.php?post\\_id=1194](http://caetanoveloso.com.br/blog_post.php?post_id=1194)>, accessed March 20 2015.

Caetano Veloso, Purificar o Subaé (1981), available at <<http://letras.mus.br/caetano-veloso/568986/>>, accessed March 20 2015.

Carla G. Costa & Francisco R. C. Fernandes, Governança e responsabilidade social empresarial: a necessária convivência, p. 42-63, Francisco R. C. Fernandes, Luiz Carlos Bertolino & Silvia G. Egler (Ed.), Projeto Santo Amaro - Bahia: aglutinando ideias, construindo soluções, Série Diagnósticos, 2. ed., Centro de Tecnologia Mineral & Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (2012), available at <[http://www.cetem.gov.br/santo\\_amaro/pdf/livrocompleto.pdf](http://www.cetem.gov.br/santo_amaro/pdf/livrocompleto.pdf)>, accessed January 23 2015.

Cristiane G. SantAna, A Chernobyl brasileira, Kindle (2012), available at <<http://www.amazon.com.br/Chernobyl-brasileira-Cristiane-Sant-Ana-ebook/dp/B00893DMZ0>>, accessed January 28 2015.

Eric Onstad, Laura Macinnis & Quentin Webb, Special report: The biggest company you never heard of, Reuters (2011), available at <<http://www.reuters.com/article/2011/02/25/us-glencore-idUSTRE71O1DC20110225>>, accessed March 20 2015.

Galli Marchiori Slongo Socio-environmental Consultancy and Law Firm (2014), available at <<https://gmsadvocacia.wordpress.com/>>, accessed January 28 2015.

General Workers' Union - UGT, Santo Amaro da Purificação - Bahia, Chumbo, video documentary, UGT (2013), available at <<https://youtu.be/fYFvRb3OYIQ>>, accessed January 27 2015.

Gisela S. de A. Hathaway, Compromissos corporativos globais para o desenvolvimento sustentável: um pano de fundo para o engajamento de instituições financeiras com a proteção ambiental, p. 249-280, Clélia Parreira & Héctor Alimonda (Org.), As instituições financeiras públicas e o meio ambiente no Brasil e na América Latina, Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais, Flacso-Brasil (2005), available at <<http://www.flacsoandes.edu.ec/biblio/catalog/resGet.php?resId=23322>>, accessed August 15 2014.

Gisela S. de A. Hathaway, O Brasil no regime internacional dos direitos humanos de crianças, adolescentes e jovens: comparação de parâmetros de justiça juvenil, Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, Estudos das Consultorias (2015), available at <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/21960>>, accessed April 30 2015. Glencore, Who we are, The Group (2015), available at <<http://www.glencore.com/who-we-are/the-group/>>, accessed March 20 2015.

International Commission of Jurists, The right to a remedy and to reparation for gross human rights violations: a practitioners' guide, Practitioners' guide series, n. 2, ICJ (2006), available at <<http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/08/right-to-remedy-and-reparations-practitioners-guide-2006-eng.pdf>>, accessed January 19 2015.

International Federation for Human Rights, Enhancing victims' rights before the ICC: a view from situation countries on victims' rights at the International Criminal Court, FIDH (2013), available at <[https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh\\_victimrights\\_621a\\_nov2013\\_id.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh_victimrights_621a_nov2013_id.pdf)>, accessed January 19 2015.

International Federation for Human Rights, Victims' rights before the International Criminal Court: a guide for victims, their legal representatives and NGOs, FIDH (2007), available at <<https://www.fidh.org/International-Federation-for-Human-Rights/international-justice/international-criminal-court-icc/Victims-Rights-Before-the->>, accessed January 19 2015.

Itanor Neves, Arthur Hendler & Coletivo Avocare, Chumbados, video documentary (2012), available at <<https://youtu.be/AW2Nd437sTA>>, accessed January 27 2015.

James W. Nickel, Making sense of human rights, 2. ed., Malden, Blackwell (2007).

Lia Giraldo da S. Augusto & Daniel R. Silvestre, Missão em Santo Amaro da Purificação, BA, 20-21 de outubro de 2005, Relatoria Nacional para o Direito Humano ao Meio Ambiente, p. 65-76, Maria Elena Rodriguez (Org.), Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. Relatores Nacionais em Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, Rio de Janeiro, Plataforma DhESCA Brasil (2006), available at <[http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r\\_dhescas\\_br/informe\\_relatores\\_dhesc\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r_dhescas_br/informe_relatores_dhesc_2005.pdf)>, accessed January 23 2015.

Map of conflicts involving environmental injustice and health in Brazil, Paraná, After "prosperity" lead and silver exploitation in Adrianópolis and neighboring areas cause liability for environmental pollution and health poisoning, Oswaldo Cruz Foundation - Fiocruz, Federation of Organizations for Social and Educational Assistance - FASE & Department of Environmental Health and Workers' Health of the Ministry of Health (2014b), available at <<http://www.confliotoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=ficha&cod=166>>, accessed January 23 2015.

Map of conflicts involving environmental injustice and health in Brazil, Bahia, Mining and smelting industry pollute water, soil, affect agricultural productivity, health and the quality of life of the population of Santo Amaro da Purificação, Oswaldo Cruz Foundation - Fiocruz, Federation of Organizations for Social and Educational Assistance - FASE & Department of Environmental Health and Workers' Health of the Ministry of Health (2014a), available at <<http://www.confliotoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=ficha&cod=28>>, accessed January 23 2015.

Mário Costa, Ribeira de Iguape River, from headwater to river mouth, an edition of pictures by Gérard & Margi Moss from the Waters of Brazil Project's Seven Rivers feature (2009), available at <<https://youtu.be/WtuA-eok1R0>>, accessed January 28 2015.

Miguel A. López-Morell & José M. O'Kean, Seeking out and building monopolies, Rothschild strategies in non ferrous metals international markets (1830-1940), Universidad de Murcia & Universidad Pablo de Olavide & IE Busi-

ness School (2010), available at <<http://www.um.es/mlmorell/PAPER%20Glasgow.pdf>>, accessed March 10 2015.

Mónica Serrano, The human rights regime in the Americas: theory and reality, p. 1-28, Mónica Serrano & Vesselin Popovski (Ed.), Human rights regimes in the Americas, UNU Press (2010).

Nicholas Turner & Vesselin Popovski, Human rights in the Americas: progress, challenges and prospects, p. 228-243, Mónica Serrano & Vesselin Popovski (Ed.), Human rights regimes in the Americas, UNU Press (2010).

Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association, Human Rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers, Professional training series n. 9, United Nations (2003), available at <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9Titleen.pdf>>, accessed January 15 2015.

Paraná on Air, Adrianópolis dwellers still suffer the consequences of lead exploitation, December 28 2012, RIC Group Paraná (2012f), available at <<https://youtu.be/i9KXZ43KexM>>, accessed December 15 2014.

Paraná on Air, Expert opinion confirms lead contamination in Adrianópolis, January 14 2013, RIC Paraná Plus (2013a), available at <<http://pr.ricmais.com.br/parana-no-ar/videos/laudo-confirma-contaminacao-por-chumbo-em-adrianopolis/>>, accessible on December 15 2014.

Paraná on Air, Mining company closed for more than 20 years still causes damages to Adrianópolis dwellers, August 22 2013, RIC Paraná Plus (2013b), available at <<http://pr.ricmais.com.br/parana-no-ar/videos/mineradora-fechada-ha-20-anos-causa-danos-a-moradores-de-adrianopolis/>>, accessed December 15 2014.

Paraná on Air, The lead heirs: Adrianópolis, April 30 2012, Episode 1, The history of lead in Adrianópolis, RIC Group Paraná (2012b) available at <<http://youtu.be/XPAqVVMWkUs>>, accessed December 15 2014.

Paraná on Air, The lead heirs: Adrianópolis, May 1 2012, Episode 2, Lead contamination of soil and livestock in Adrianópolis, RIC Group Paraná (2012c) available at <<https://youtu.be/9TiStESaJwU>>, accessed December 15 2014.

Paraná on Air, The lead heirs: Adrianópolis, May 2 2012, Episode 3, Consequences of lead poisoning to the health of Adrianópolis, RIC Group Paraná (2012d) available at <<http://youtu.be/XyVLCQg8qVg>>, accessed December 15 2014.

Paraná on Air, The lead heirs: Adrianópolis, May 7 2012, Episode 5, Lead is harmful to the health of city dwellers, RIC Group Paraná (2012e), available at <[http://youtu.be/OEXN\\_1ZF6mo](http://youtu.be/OEXN_1ZF6mo)>, accessed December 15 2014.

Paraná on Air, The lead heirs: Adrianópolis, Special Series, RIC Group Paraná, TV Record - DVD (2012a).

Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, Audiência sobre a Situação dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais no Brasil, 124º Período Ordinário de Sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 13 de março de 2006, Washington DC, U.S.A., Plataforma DhESCA Brasil (2006), available at <<http://justicaambiental.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/30/File/Documento%20Audiencia.pdf>>, accessed January 23 2015.

Recylex, The group, Presentation (2015), available at <<http://www.recylex.fr/en/group/presentation.html>>, accessed January 15 2015.

Renato J. R. de Sales & André de C. C. Moreira, Reservas Extrativistas no Complexo Estuarino-Lagunar de Iguape e Cananéia - Domínio Mata Atlântica, Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras, Universidade de São Paulo (1996), available at <<http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/color/rema.pdf>>, accessed January 28 2015.

Secretary of Health of the State of Bahia, Population exposed to heavy metals in Santo Amaro gets healthcare protocol, April 28 2010, Social Communication Service (2010), available at <<http://www1.saude.ba.gov.br/noticias/noticia.asp?NOTICIA=11555>>, accessed December 14 2014.

Spain, Royal Decree 1727 of December 28 1990 declares the Peñarroya Castle, in the municipality of Arga-

masilla de Alba, in Peñarroya (Ciudad Real), a Monument of cultural interest, Official Gazette of the State, January 4, 1991, n. 4, VLEX-228999303 (1991).

Superior Labor Court, Eternit is condemned in R\$ 1 million for the death of worker in contact with asbestos, TST (2014), available at <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/eternit-e-condenada-em-r-1-milhao-por-morte-de-trabalhador-por-contato-com-amianto](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/eternit-e-condenada-em-r-1-milhao-por-morte-de-trabalhador-por-contato-com-amianto)>, accessed December 9 2014.

Theo van Boven, Estudo sobre o direito de restituição, indenização e reabilitação de vítimas de violações graves aos direitos humanos e liberdades fundamentais, p. 354-425, Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 3, jan./jun. 2010, Ministério da Justiça (2010a), available at <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372%7D>>, accessed January 19 2015.

Theo van Boven, The United Nations basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, United Nations Audiovisual Library of International Law (2010b), available at <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_60-147/ga\\_60-147\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf)>, accessed January 19 2015.

Theo van Boven, Victims' rights to a remedy and reparation: the new United Nations principles and guidelines, p. 19-40, Carla Ferstman, Mariana Goetz & Alan Stephens (Eds.), Reparation for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity: systems in place and systems in the making, Koninklijke Brill NV (2009), available at <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26214.pdf>>, accessed January 19 2015.

This is Andalucía, Córdoba, Municipality, Peñarroya-Pueblonuevo, History, available at <<http://www.andalucia.org/en/destinations/provinces/cordoba/municipalities/penarroya-pueblonuevo/history/>>, accessed January 15 2015.

United Nations Economic and Social Council, Guidelines on justice in matters involving child victims and witnesses of crime, ECOSOC Resolution 2005/20 of July 22 2005, United Nations (2005), available at <[http://www.un.org/en/pseataaskforce/docs/guidelines\\_on\\_justice\\_in\\_matters\\_involving\\_child\\_victims\\_and.pdf](http://www.un.org/en/pseataaskforce/docs/guidelines_on_justice_in_matters_involving_child_victims_and.pdf)>, accessed January 21 2015.

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, World Heritage List, Atlantic Forest South-East Reserves, Brazil, Atlantic coast, states of Paraná and São Paulo, UNESCO (1999), available at <<http://whc.unesco.org/en/list/893>>, accessed January 28 2015.

United Nations General Assembly, Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, Resolution 60/147 of December 16 2005, United Nations (2006a), available at <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/PDF/N0549642.pdf?OpenElement>>, accessed January 19 2015.

United Nations Office on Drugs and Crime, Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice, United Nations (2006b), available at <[http://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Compendium\\_UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CP\\_and\\_CJ\\_English.pdf](http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf)>, accessed January 21 2015.

United Nations Office on Drugs and Crime, Justice in matters involving child victims and witnesses of crime: model law and related commentary, United Nations (2009), available at <[http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC\\_UNICEF\\_Model\\_Law\\_on\\_Children.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_UNICEF_Model_Law_on_Children.pdf)>, accessed January 21 2015.

### 3.4 Minería y Desarrollo Sostenible: Vinculando la protección del ambiente y los derechos humanos con los proyectos mineros en países en desarrollo

Lina Muñoz-Ávila



*Desarrollo sostenible, minería, conflictos ambientales, derechos humanos, derecho ambiental.*

*Este documento presenta los principales avances de investigación realizados por la autora en su disertación doctoral sobre sostenibilidad ambiental, derechos humanos y grandes proyectos de minería de oro en países en desarrollo como Colombia y Brasil. Dentro de esta investigación fueron seleccionados dos grandes proyectos de minería de oro, uno en Colombia y el otro en Brasil, ambos ejecutados por la misma empresa minera en similares contextos geográficos y condiciones ambientales. El objetivo fue realizar un estudio comparativo de las diferentes legislaciones ambientales y mineras, las instituciones, las políticas nacionales y la protección de los derechos humanos de las comunidades impactadas por los proyectos mineros en cada país.*

*La metodología utilizada para esta investigación doctoral, en primer lugar, consistió en la revisión de fuentes primarias y secundarias, a través de la literatura disponible en español, portugués e inglés sobre los grandes ejes temáticos del estudio. En segundo lugar, se utilizó la metodología de derecho comparado para el análisis de las legislaciones de Brasil y Colombia y finalmente, se realizaron visitas de campo a cada uno de los proyectos seleccionados y se trabajó con autoridades ambientales nacionales.*

*Algunas conclusiones de la investigación señalaron que para garantizar la efectividad del derecho ambiental, el desarrollo sostenible y los derechos humanos en grandes proyectos mineros se requiere:*

- Fortalecer las legislaciones y las instituciones minera y ambiental.*
- Fortalecer la capacidad del Ministerio Público y de los jueces involucrados y que deciden casos ambientales.*
- Reconocer el rol fundamental de los derechos procedimentales ambientales para resolver conflictos ambientales, esto es, el empoderamiento de las comunidades con información de calidad y mecanismos de participación y justicia ambiental efectiva para la adecuada protección de derechos colectivos.*
- Incorporar el enfoque de derechos humanos en la gestión ambiental.*

#### INTRODUCCIÓN

Los avances de investigación doctoral que se presentan en este documento se abordan desde el marco disciplinar del Derecho. Allí, se utilizó principalmente como campo de investigación el Derecho Público y en este la investigación se nutre de tres áreas a saber: los Derechos Humanos, el Derecho Ambiental y el Derecho Minero. Sin perjuicio de lo anterior, se utilizaron como áreas de apoyo el Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

La investigación doctoral tiene una delimitación espacial. Los países en los que se concentró el análisis fueron Colombia y Brasil. Esta demarcación obedece a varias razones fundamentales: los dos países se encuentran dentro del grupo de los países más ricos en biodiversidad del mundo; cuentan con una gran pluralidad étnica y cultural representada en pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes y campesinas; sus actividades de producción se han concentrado históricamente en la agricultura, la pesca, la ganadería, y la explotación de recursos naturales; son ricos en recursos minerales, como el oro y a raíz de esto, han incorporado dentro de sus políticas económicas y de desarrollo, la extracción y comercialización de los mismos y paradójicamente, presentan altos índices de desigualdad y pobreza.

La definición temporal está dada a partir de la Cumbre de Río de Janeiro sobre Desarrollo Sostenible en 1992 pasando por la Cumbre de Río+20 realizada en 2012 y en los avances posteriores hasta 2014. En este rango temporal de 22 años, la región latinoamericana con el fin de incrementar las riquezas de sus naciones para la satisfacción de necesidades básicas de sus habitantes, ha generado un aumento en la presión sobre el sustrato ecológico en las economías de la región. Lo anterior, se observa un incremento considerable en el número de proyectos de desarrollo económico que se fundamentan en la reprimarización y en la extracción de recursos naturales, tales como la minería.

Con base en lo anteriormente planteado, se determinó el siguiente problema de investigación:

¿Los proyectos de minería de oro a cielo abierto propuestos para el crecimiento económico de Colombia y Brasil aplican el concepto de desarrollo sostenible y protegen el derecho al ambiente sano y los derechos humanos de las comunidades involucradas?.



Adicional a esto, se determinó como pregunta auxiliar de investigación: En la práctica, ¿el componente económico pesa más en la toma de decisiones sobre desarrollo sostenible que el componente ambiental y social?

Lo anterior llevó a plantear como hipótesis de trabajo que el fortalecimiento del derecho y de la institucionalidad ambiental es un requisito indispensable para robustecer el pilar ambiental del desarrollo sostenible y lograr la efectividad del concepto en Colombia y Brasil. Esto se refleja en sistemas jurídicos que a través de sus instituciones, leyes y políticas garantizan la protección del ambiente sano frente a millonarios proyectos económicos como los mineros, cuando la protección de los derechos humanos de las comunidades y el ambiente se ven amenazados. Así mismo se refleja en la efectividad de derechos humanos de tipo ambiental como la garantía de la efectiva participación, acceso a la información y a la justicia ambiental de las comunidades impactadas.

El objetivo general de esta investigación consistió en estudiar las relaciones entre la minería y el desarrollo sostenible con el fin de analizar las tensiones que los grandes proyectos de minería de oro a cielo abierto generan para la efectividad del desarrollo sostenible y el disfrute de los derechos humanos, a partir de los vínculos teóricos, normativos y jurídicos entre los derechos humanos, el ambiente sano y el desarrollo sostenible.

Los objetivos específicos fundamentalmente fueron cuatro: i) Verificar en dos casos concretos la efectividad y aplicación del concepto de desarrollo sostenible; ii) Identificar las dificultades en la implementación del concepto de desarrollo sostenible en los proyectos de desarrollo minero; iii) Identificar el papel de las comunidades locales rurales de Colombia y Brasil y sus oportunidades de participación frente a los proyectos de desarrollo que los impactan; iv) Plantear una propuesta normativa hacia la efectividad del concepto de desarrollo sostenible en los proyectos de minería de oro a cielo abierto que integre la protección de los derechos humanos y del derecho ambiental en Colombia y en Brasil.

Para dar cumplimiento a los objetivos de la investigación y con el fin de hacer una adecuada verificación de la hipótesis, se utilizó como enfoque metodológico el método cualitativo y el trabajo de derecho comparado.

De las técnicas de investigación cualitativa se utilizaron las siguientes: a) Observación: como participante en los eventos paralelos a la Cumbre de la Tierra Río+20; b) Entrevistas con actores clave (académicos, funcionarios públicos, funcionarios de empresas) identificados con los cuales ya se ha establecido contacto previo a partir de trabajos anteriores de la doctoranda con las autoridades ambientales, las comunidades y la empresa; c) Análisis de derecho comparado de las legislaciones minero ambientales de los dos países; y d) Estudio de casos: con el objetivo de realizar una verificación de la teoría descrita a través de trabajo de campo en las ciudades de Ibagué y Belo Horizonte y los municipios de Cajamarca y Santa Bárbara.

Lo anterior se realizará en tres niveles de análisis: en primer lugar, de la teoría y doctrina existente y de los sistemas jurídicos-normativos correspondientes; en segundo lugar, del análisis particular de dos casos y en tercer lugar, de la construcción de una propuesta. La revisión acá realizada parte del análisis de la normatividad nacional e internacional, de la jurisprudencia relevante sobre la materia y del estudio de fuentes primarias y secundarias desde el punto de vista jurídico. Los revisión dogmática se hará a través de los au-

tores más importantes en el campo temático objeto de estudio que serán revisados de forma regresiva y sus postulados serán analizados a la luz de los estudios de caso.

La selección de los casos que constituyen la muestra estará orientada por el criterio de muestras teóricas, según el cual se busca representar un problema teórico seleccionando situaciones sociales observables que ofrezcan categorías de análisis bajo dos premisas fundamentales: 1) Minimizar las diferencias entre los casos con el fin de sacar a la luz propiedades básicas de una categoría particular y 2) Posteriormente, maximizar las diferencias entre los casos con la intención de incrementar categorías y acotar la incidencia de la teoría.

Con base en lo anterior, se establecieron los siguientes criterios de selección: a) Sector económico de desarrollo común entre Colombia y Brasil (megaminería); b) Tipo de minería que se realiza (aurífera); c) Método de extracción del mineral (a cielo abierto) d) Magnitud del proyecto en términos físicos, de capacidad y de producción; e) Tipo de población impactada por el proyecto; f) Posibles impactos sobre la geografía de la región; g) Actividades económicas que se puedan ver impactadas por el proyecto; h) Empresa que ejecuta los proyectos.

## 1. ¿Por qué es necesario investigar sobre estos temas?

### 1.1. En términos académicos:

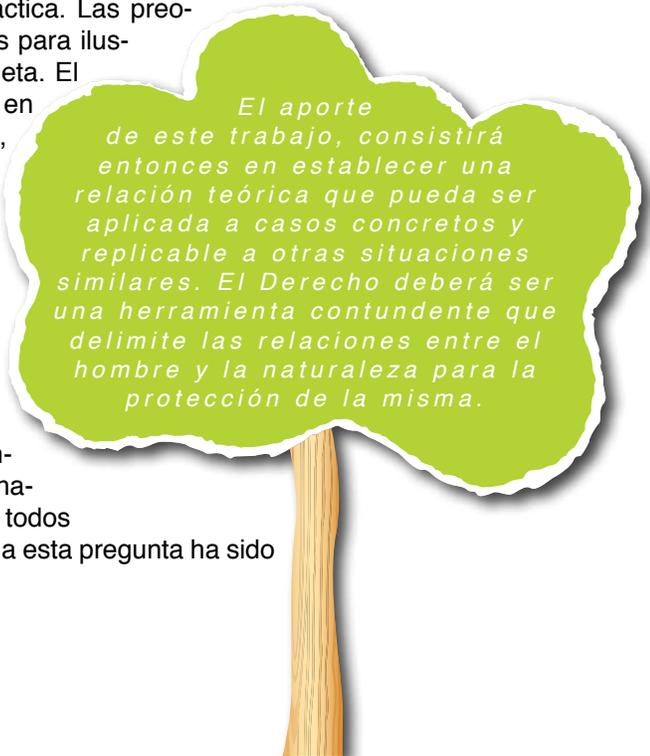
Al considerar los grandes problemas sobre medio ambiente, pobreza y distribución inequitativa de los recursos a los que se enfrenta el mundo, los estudios que se realicen sobre las relaciones humanas con la naturaleza, desde el punto de vista jurídico, deben propiciar un diálogo entre la realidad y la norma con el fin de lograr una constatación empírica de su efectividad y determinar los retos normativos e institucionales para avanzar sobre ellos. El aporte de este trabajo, consistirá entonces en establecer una relación teórica que pueda ser aplicada a casos concretos y replicable a otras situaciones similares. El Derecho deberá ser una herramienta contundente que delimite las relaciones entre el hombre y la naturaleza para la protección de la misma.

### 1.2. En términos de Desarrollo Sostenible:

El término *Desarrollo Sostenible* se volvió popular en los años noventa particularmente después de la elaboración del Reporte Brundlant y la Conferencia de Río de 1992. Este término rompió teóricamente el estancamiento entre la protección ambiental, el desarrollo económico y la inclusión social (llamados los tres pilares el desarrollo sostenible) ofreciendo la posibilidad de que los tres pudieran unirse (Ramlogan, 2011).

Sin embargo, esto no siempre se ha logrado en la práctica. Las preocupaciones ambientales han aumentado y hay buenos ejemplos para ilustrar prácticas lejanas al desarrollo sostenible alrededor del planeta. El mundo se ha vuelto cada vez más insostenible y esto se refleja en aspectos como la pérdida de biodiversidad y el cambio climático, lo que afecta principalmente a las poblaciones más vulnerables. Aunado a lo anterior, las estadísticas señalan que con el crecimiento demográfico mundial esperado en los próximos veinte años, no habrá recursos disponibles para todos (Naciones Unidas, 2010). De igual forma existe un grave problema de patrones de consumo: un enfrentamiento entre demografía y consumo que se resume en el principio 8 de la Declaración de Río.

Surge entonces una cuestión muy importante ¿cómo conseguir sostenibilidad ambiental con crecimiento económico razonable que pueda llevar al alivio de la pobreza y e inclusión social en todos los niveles (local, nacional y global)? El problema principal frente a esta pregunta ha sido traducir el concepto de desarrollo sostenible en una realidad.



*El aporte de este trabajo, consistirá entonces en establecer una relación teórica que pueda ser aplicada a casos concretos y replicable a otras situaciones similares. El Derecho deberá ser una herramienta contundente que delimite las relaciones entre el hombre y la naturaleza para la protección de la misma.*

Veinte años después de Río-92, en junio de 2012, se llevó a cabo la Cumbre de la Tierra Río+20 en la cual se buscaba revisar en términos de sostenibilidad, los avances o retrocesos del desarrollo mundial incluyendo tres temas: 1. El fortalecimiento de los compromisos políticos en favor del desarrollo sustentable. 2. El balance de los avances y las dificultades vinculados a su implementación. 3. Las respuestas a los nuevos desafíos emergentes de la sociedad. Dos cuestiones, muy relacionadas, constituyeron el eje central de la Cumbre: 1. Una economía ecológica con vistas a la sustentabilidad y la erradicación de la pobreza. 2. La creación de un marco institucional para el desarrollo sustentable (Organización de Naciones Unidas, 2011).

En la práctica hoy en día, los proyectos de desarrollo económico que pretenden impulsar el crecimiento en los países han generado graves vulneraciones de derechos humanos y degradación ambiental y tampoco han logrado integrar los postulados del desarrollo sostenible generando amplios debates y reacciones de los distintos actores sociales a lo largo y ancho del continente. Por ello, la evolución del concepto de desarrollo sostenible en un marco integral de los aspectos económico, social y ecológico es la base para que potencialmente se reconozca un derecho al ambiente distinto con sus correlativos derechos sustantivos ambientales (PNUD, 2011).

### **1.3. En términos jurídicos:**

Por las problemáticas anteriormente descritas y luego de Río +20, es preciso revisar los estándares de exigibilidad del derecho al ambiente para crear un criterio común y un marco para la definición de políticas. De allí, que uno de los principales aportes y al mismo tiempo uno de los principales desafíos del campo de los derechos humanos, en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación ambiental, reside en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales como internacionales, a fin de determinar el alcance de los derechos, como en los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales (Abramovich, 2011).

En términos de exigibilidad de los derechos se presentan los siguientes problemas: a) los mecanismos tradicionales de protección de derechos humanos protegen a individuos basados en una visión antropocéntrica del derecho; b) en la práctica, es muy difícil demostrar el nexo causal entre el daño ambiental, la vida humana, la salud y la calidad de vida; c) no es sencillo invocar derechos humanos para defender los derechos de las futuras generaciones e incluso más problemático es defender los intereses no antropocéntricos como la preservación de especies y de ecosistemas y d) la normativa internacional sobre protección ambiental no es vinculante (Hajjar, 2011).

Por lo tanto, servir de la teoría de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos el contenido del derecho ambiental puede contribuir a la materialización del concepto de desarrollo sostenible desde una perspectiva jurídica.

### **1.4. En términos de impacto regional, el contexto latinoamericano:**

América Latina es una región de grandes contrastes entre riquezas y penurias. Haciendo un balance de los últimos veinte años en términos de desarrollo sostenible para la región, se encuentran grandes avances pero también importantes retrocesos y dificultades. En la esfera social, según la Organización de Naciones Unidas desde principios del siglo XX se han reducido los niveles de pobreza e indigencia. Para el año 2010, el porcentaje de personas que se encontraban en situación de indigencia disminuyó en un 32% por lo cual hoy existen aproximadamente 20 millones menos de personas en situación de pobreza en la región. Así mismo, los índices de mortalidad por desnutrición y seguridad alimentaria se han reducido lo que muestra importantes mejoras.

En la esfera económica, desde 1992 la región ha reportado un crecimiento relativamente elevado después de superar distintas crisis económicas. De igual forma, se ha logrado controlar la inflación, el volumen de las exportaciones ha aumentado significativamente y se amplió la brecha de productividad con los países desarrollados. Por otra parte, la tasa de ocupación siguió las oscilaciones de crecimiento y se registra una disminución en las tasas de desempleo.

En temas ambientales, desde principio de los noventa se observa la creación y el fortalecimiento de legislaciones, políticas e instituciones de la cartera ambiental, además del aumento de áreas determinadas como protegidas.

Por lo anterior, podría afirmarse que el panorama es bastante alentador, sin embargo, de la otra cara de la moneda se encuentran problemáticas muy arraigadas que no han podido resolverse y sobre las cuales hay un amplio camino por recorrer. América Latina es la región más desigual de todo el planeta. Dicha desigualdad se manifiesta en la falta de acceso a servicios públicos básicos, vivienda digna, sistemas de salud precarios y educación fragmentada. Esto además relacionado con que las principales ciudades latinoamericanas se enfrentan a una expansión urbana descontrolada a la cual se suma la débil planificación y ordenamiento.

En términos económicos, a pesar del aumento de personas con empleo formal no se ha logrado proveer a los ciudadanos de empleos de calidad y que cuenten con la garantía de todos los derechos laborales. Por otra parte, la estructura productiva se focalizó en extracción de recursos naturales lo que genera una gran presión sobre suelos, recursos hídricos y atmósfera.

Aunado a esto, en términos ambientales, la reducción de gases efecto invernadero no son suficientes para combatir de manera efectiva el cambio climático, un gran porcentaje de tierras se encuentran en proceso de desertificación, la distribución del agua es bastante desigual, el manejo de residuos de todo tipo es inadecuado y altamente contaminante; se realiza sobrepesca y agotamiento de reservas pesqueras.

Frente a lo expuesto, resulta evidente la necesidad de realizar estudios que contribuyan a la eliminación de estos problemas o por lo menos, a la reducción significativa de los mismos a partir de la efectividad del concepto de desarrollo sostenible en el marco de los derechos humanos.

### 1.5. Una muestra significativa, Brasil y Colombia:

Bajo este contexto regional, es preciso señalar que Brasil y Colombia se encuentran envueltos en las fortalezas y dificultades planteadas anteriormente y que en ese escenario, cuentan con diversas características propias. Brasil por su parte, es la mayor economía de América Latina y la segunda del continente, detrás de los Estados Unidos; la sexta economía más grande del mundo según su PIB y el primero en extensión territorial. En términos ambientales, es la sede de la cumbre más importante sobre Desarrollo Sostenible del mundo denominada la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible que se realiza cada diez años.

Colombia a su vez, es la cuarta nación en extensión territorial de América del Sur y la tercera en población en América Latina, después de Brasil y México. Colombia por su diversidad biológica es el segundo de los países más biodiversos del mundo y a su vez es uno de los principales centros económicos de la América hispanoparlante.

Son bastantes, muy importantes y de diversa índole los aspectos que estas dos naciones tienen en común además de compartir territorio fronterizo. Por una parte, los dos se encuentran dentro de los países que albergan el mayor índice de biodiversidad en sus territorios en todo el mundo, razón por la cual son considerados como países mega diversos. Dicha diversidad se manifiesta en la presencia de gran variedad de ecosistemas y múltiples formas de vida tanto vegetal y animal, lo cual se ve favorecido por su clima tropical y a sus privilegiadas ubicaciones geográficas.

Por otra parte, cuentan con una gran diversidad étnica y cultural representada en pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes y campesinos, entre otros.

*América Latina es una región de grandes contrastes entre riquezas y penurias. Haciendo un balance de los últimos veinte años en términos de desarrollo sostenible para la región, se encuentran grandes avances pero también importantes retrocesos y dificultades.*

En términos económicos, sus actividades de producción se han concentrado históricamente en la agricultura, la pesca, la ganadería, y la madera. Además, estos dos países son ricos en recursos minerales, como el oro y a raíz de esto, han incorporado dentro de sus políticas económicas y de desarrollo, la extracción y comercialización de los mismos.

Desde el punto de vista social, infortunadamente estos países presentan altos índices de desigualdad y pobreza. Se suma a esto, la alta concentración de la propiedad en muy pocas manos. Adicional a dicha situación, la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas está muy lejos de alcanzar niveles deseables. Claros ejemplos de esto son, el poco acceso al agua potable y a servicios públicos básicos, personas que viven en tugurios sin una vivienda digna y el reducido acceso a la educación y a la salud.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que tanto para América Latina como para Brasil y Colombia, los esfuerzos deben ser mucho más concentrados e intensos para avanzar hacia el desarrollo sostenible. En ese sentido, es fundamental a partir del análisis de los impactos de los proyectos de desarrollo económico que se ejecutan en estos países y de su incidencia en la calidad de vida, los derechos y el ambiente de las comunidades locales, avanzar en estudios interdisciplinarios que permitan una protección integral y efectiva de los derechos humanos.

## 2. Principales discusiones teóricas

### 2.1. El concepto de desarrollo sostenible, sus críticas y perspectivas.

Los estudios sobre el rol del desarrollo sostenible indican que este juega un papel tanto de facilitador como inhibidor del reconocimiento y protección de los derechos humanos. Desde el reporte Brundtland de la Comisión Mundial de Ambiente y Desarrollo en 1987, la retórica del desarrollo sostenible ha abordado el ámbito del derecho ambiental convirtiéndose en un principio estructural pero la flexibilidad del concepto ha creado un grado de ambigüedad con respecto a su aplicación (Barboza, 2011). Recogiendo este principio y centrándose en la sostenibilidad, la Declaración de Río de 1992 dio nuevas líneas para la estructuración del derecho ambiental a nivel nacional e internacional. Este tema y sus emergentes fundamentos legales han sido considerados como el nuevo paradigma para el desarrollo global, regional, nacional y local (Garrido, 2007).

El concepto ha sido criticado ampliamente. Por ello, se ha afirmado que “No hay duda de que el enfoque Brundtland y Solow han contribuido a la ética del desarrollo, pero presentan una debilidad: considerar a las personas como pacientes cuyas necesidades tienen que ser satisfechas y cuyos niveles de vida deben ser preservados; en lugar de verlas como agentes racionales cuyos juicios y valores y libertades son importantes por sí mismos”. Sen sostiene que “no es lo mismo tener niveles de vida sostenibles que sostener las libertades de las personas, lo que ellos valoran y tienen razones para añadir importancia, su concepción de desarrollo alude a un proceso de expansión de las libertades reales de las que disfrutaban los individuos.”

En este contexto, resulta evidente que “aunque los bienes y servicios son valiosos, no lo son por sí mismos. Su valor radica en lo que pueden hacer por la gente o más bien, lo que la gente puede hacer con ellos. Entonces, en lugar de mirar los medios, el desarrollo como libertad se enfoca en los fines: en la libertad para lograr los objetivos en la vida que una persona elige con su razonamiento. Ése es el cambio de enfoque que implica pasar del desarrollo como crecimiento económico al desarrollo como libertad.”

### 2.2. Eficacia normativa del derecho ambiental.

El problema del derecho ambiental no es de tomar decisiones normativas sino de implementar las que ya existen. En los últimos veinte años se han creado 500 acuerdos multilaterales lo que demuestra la capacidad humana de tomar decisiones pero su dificultad para implementarlas a lo cual se suma la falta de voluntad política (Guimarães, 2001). Este fenómeno se observa en toda la región latinoamericana y de forma clara en Colombia y Brasil. La flexibilidad y debilidad de las normas ambientales genera insostenibilidad.

### 2.3. Los principales debates y los nuevos planteamientos en torno a los modelos de desarrollo extractivos.

Los asuntos ambientales son ahora también transnacionales pues reflejan interdependencias basadas en los aspectos naturales que superan los políticos y geográficos (Banco Mundial, 2010). El calentamiento global, la contaminación, la deforestación a gran escala, los vertimientos ilícitos de residuos tóxicos, los derramamientos de hidrocarburos en ríos y mares, entre otros, tienen efectos que traspasan las fronteras y deben ser conducidos en el escenario internacional a través de regulaciones nacionales (UNAM, 2007). Estos problemas son un ejemplo de la complejidad de las amenazas ambientales globales que deben ser abordadas por distintos canales. Se trabaja en que fenómenos como el mercado global, los proyectos de desarrollo económico, las iniciativas de integración y las barreras de la soberanía sean abordados, entre otras estrategias, por la legal a través de un enfoque ambientalista que avance hacia la esfera de los derechos humanos (Sen, 2007). Las economías nacionales se impulsan actualmente en la región a través de proyectos de desarrollo basados en la extracción de los recursos naturales con el objetivo de generar ganancias para la satisfacción de las necesidades de las poblaciones. Sin embargo, no se considera la sobre-explotada capacidad de la naturaleza para proveer a la sociedad de servicios ambientales indispensables para la calidad de vida, tales como la diversidad biológica o la estabilidad climática.

### 3. Minería y su regulación en los marcos jurídicos minero ambientales nacionales

La actividad minera se ha promocionado intensamente en las últimas décadas en América Latina como un asunto estratégico de política nacional, como un motor para impulsar las economías y a su vez, como un detonante de conflictos ambientales. Si bien es cierto, que la minería se desarrolla desde hace cientos de años en la región y específicamente, en países como Brasil y Colombia, es igualmente importante señalar que los hallazgos de grandes cantidades de minerales a finales del siglo XIX y principios del siglo XX han caracterizado las nuevas explotaciones con matices diferenciadores de los procesos mineros que se venían realizando.

La complejidad de la situación actual de la minería se ha determinado por algunos factores, entre los cuales se destacan los procesos jurídicos y legislativos de los Estados que impulsan arrolladoramente la actividad minera, los estándares que implementan las empresas para el desarrollo de los proyectos, los nuevos actores que confluyen en los mismos, las complejas relaciones existentes en la trilogía Estado – Empresa – Comunidad y los roles que estos actores asumen frente a las formas de desarrollo extractivo en las zonas rurales.

Los más recientes análisis que se realizan al respecto, han planteado grandes cuestionamientos acerca de la capacidad de los Estados para ejercer controles sobre los “gigantes mineros” en su mayoría procedentes de países del norte global quienes ejecutan proyectos de extracción de minerales por la invitación de los Gobiernos de países del sur global. Particularmente, en los casos de Colombia y de Brasil, se observa que los planes de gobierno tanto de Juan Manuel Santos como de Dilma Rouseff en sus dos periodos presidenciales, han dejado la protección del ambiente sólo en el papel al priorizar los intereses de las industrias sobre la protección del ambiente. Como muestra de ello, se encuentran las declaradas locomotoras del desarrollo en Colombia y la reforma del Código Forestal de 2012 en Brasil, sucesos que han sido



sumamente cuestionados por los sectores ambientalistas al observar sus impactos negativos sobre el ambiente.

Es en este escenario en donde se ha cuestionado la capacidad de los Estados de vigilar eficazmente a quienes ofrecen prerrogativas para explorar y de quienes se esperan grandes inversiones y utilidades por cuenta de las explotaciones para impulsar su crecimiento económico.

En el marco de estas relaciones de dependencia se plantean los siguientes interrogantes ¿Es suficiente y adecuado el marco jurídico que tienen ambos países? ¿Pueden ser verificables los controles ambientales y sociales sobre corporaciones de talla mundial que buscan desarrollar sus proyectos bajo las condiciones que más le convengan operativa y financieramente?

Allí el derecho entra a jugar un rol fundamental pues son las normas minero-ambientales y las de garantía de los derechos humanos, las que delimitan la ruta a seguir por parte de las empresas, los procedimientos para realizar y finalizar los emprendimientos y las consecuencias por el incumplimiento de sus obligaciones. Esto lleva a afirmar que sólo a partir del cumplimiento de normas minero-ambientales con altos estándares y de procesos de vigilancia exigentes se logra la aplicación del desarrollo sostenible y la protección del derecho al ambiente sano y de otros derechos humanos de las comunidades involucradas en procesos de extracción de recursos naturales. Por lo cual, las normas que orientan los proyectos mineros son condicionantes y un requisito para el desarrollo sostenible.

Con el fin de profundizar sobre los puntos anteriormente planteados, se ha propuesto el objetivo de establecer desde el punto de vista del derecho comparado, el marco legal que rige los emprendimientos del sector de la minería de oro a gran escala en Colombia y en Brasil con el fin de determinar el panorama teórico que cualquier empresa interesada en extraer oro en estos dos países debe seguir. La descripción y correlación entre los sistemas legales de Colombia y Brasil permitirá hacer un examen de coincidencias y diferencias entre las normas minero ambientales de ambos países, identificar las posibilidades de contribución de la legislación brasilera al derecho colombiano y finalmente, la comprensión de las prácticas de las empresas a partir del estudio de dos casos reales de mega minería aurífera desarrollados en estos países por la misma empresa minera, en contextos geográficos y poblacionales similares.

El análisis comparado no pretende hacer una propuesta para Brasil sino tomar de referente los procesos que se llevan a cabo en este país, teniendo en cuenta que la experiencia brasilera en mega minería es mucho mayor a la colombiana, que se realizan actividades a gran escala desde hace varias décadas a diferencia de Colombia y que AngloGold Ashanti, en adelante AGA, tiene operaciones de este tipo minería de oro en los dos países. La relevancia de esta selección se fundamenta en que actualmente se están realizando las primeras exploraciones de lo que en el futuro cercano, será el inicio de la era de los grandes proyectos de minería de oro en Colombia.

La metodología propuesta para el análisis de este aspecto aborda especialmente el caso de la mega minería de oro de tipo analítico-descriptivo, utilizando herramientas del derecho comparado. Se estudian las disposiciones normativas y la regulación vigente establecida en Colombia y en Brasil para grandes proyectos de minería pues en ninguno de los dos países existen disposiciones especiales para la minería de oro, sin perjuicio de que se resalte la aplicación de los contenidos en particular sobre este tipo de minería. La investigación sólo aborda el marco normativo de los grandes proyectos de extracción y no de los medianos, pequeños o ilegales pues este es la minería a gran escala la que se emplea en los casos seleccionados.

Para ello, se evalúa el procedimiento administrativo que está contenido en el marco jurídico minero ambiental vigilado por diferentes instituciones del Estado frente a las empresas que desarrollan los proyectos de mega minería. La escogencia metodológica se fundamenta en que estos son los dos procesos jurídicamente reglamentados para iniciar las operaciones de un proyecto minero y que representan los principales requisitos y los procedimientos que deben realizar todas las empresas al llegar a estos países. En este contexto, se plantea que las fallas estructurales de los procesos de autorización de grandes proyectos mineros son generadoras de conflictos ambientales.

Para el caso brasilero, se revisan las normas federales vigentes que rigen los principios generales del ciclo minero y posteriormente, las disposiciones especiales que rigen el Estado de Minas Gerais por ser el mayor Estado productor de minerales en Brasil, así como por el hecho de que el caso de estudio seleccionado que desarrolla AGA se encuentra localizado allí. Para el caso colombiano, se analizarán las normas que rigen a nivel nacional.

El análisis se presenta en varias etapas. En primer lugar, se hace una introducción al contexto de la gran minería aurífera y a su presencia en los dos países; en segundo lugar, se revisan los marcos legales vigentes desde el enfoque del proceso minero y el proceso ambiental entendidos como los requisitos jurídicos para iniciar cualquier operación minera; con base en todo lo anterior, en tercer lugar, se determinan los actores involucrados y las lecciones aprendidas desde el derecho comparado y finalmente, los impactos de la minería desde la perspectiva del enfoque de derechos humanos.

A pesar de que el modelo de Estado y el procedimiento para obtener autorización de grandes proyectos mineros presenta variaciones y tiene características propias en cada país, del proceso de investigación doctoral es posible concluir en primer lugar, que aunque es claro que entre los dos países existen diferencias sobre el modelo de Estado, el tamaño y a la escala de la producción de minerales en Brasil, es posible afirmar que sus procesos institucionales y normativos encuentran varias semejanzas y también lecciones por aprender para el caso colombiano. En segundo lugar, que existen grandes retos y dificultades comunes a superar. Así mismo, se observa que la institucionalidad y la legislación Brasileña es más fuerte y exigente que la colombiana sin que esto signifique que su modelo sea perfecto y que no tenga problemas.<sup>447</sup>

En resumen, algunos de los aspectos comunes del marco de la gran minería de oro en Colombia y Brasil son: i) Políticas nacionales de impulso de la actividad minera; ii) derecho minero-ambiental requisito para las operaciones y iii) Reformas institucionales y normativas para favorecer la extracción de recursos naturales.

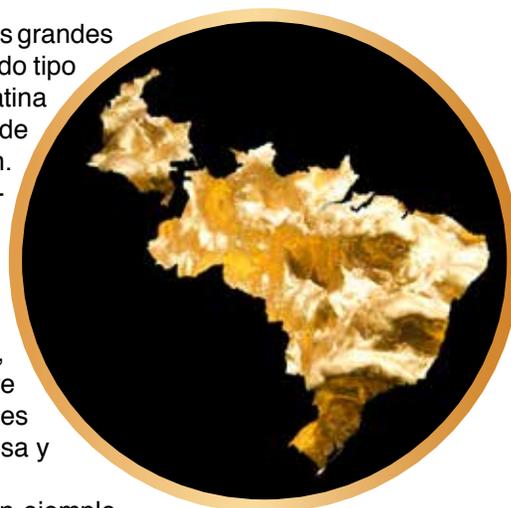
Por otra parte, del análisis realizado en esta sección, es posible afirmar que los procesos tanto de concesión minera como de licenciamiento ambiental en Colombia presentan fallas tanto estructurales como de implementación, lo que hace que en las condiciones jurídicas actuales sea imposible realizar mega minería de oro sostenible en Colombia (Salgado y Ñañez, en Garay, 2014).

#### 4. Dos proyectos mineros, dos países diferentes, una sola empresa.

AngloGold Ashanti, es una de las empresas de minería de oro más grandes y poderosas del mundo. Tiene operaciones de gran minería de oro de todo tipo en cuatro continentes y desde la perspectiva de la región de América Latina y para efectos de este artículo, hace presencia en Brasil con proyectos de exploración y explotación y en Colombia por ahora, sólo de exploración. A partir del estudio de los casos Córrego do Sítio y La Colosa, seleccionados para este trabajo, es posible analizar su comportamiento en similares contextos geográficos y zonas rurales pobladas.

La Colosa será la primera gran mina de oro a cielo abierto en Colombia y desde que fue propuesta ha generado grandes debates y críticas, mientras que Brasil, ha tenido múltiples experiencias apertura y de cierre de grandes faenas mineras de oro e incluso de implementación de planes de recuperación de zonas explotadas. ¿Porque la selección de La Colosa y de Córrego do Sítio? De un lado, AGA en Colombia presenta a la mina Córrego do Sítio I como un modelo exitoso de minería sustentable y un ejemplo a seguir.

Por otra parte, la gran minería de oro es un sector que no ha sido ampliamente estudiado desde el punto de vista jurídico en Colombia y no se han realizado análisis en profundidad como en otros sectores, como por ejemplo, la minería de carbón. Adicionalmente, con la intención de la AGA de realizar La Colosa, la que sería la mina de oro más grande de Colombia y una de las más grandes de América Latina, es importante conocer el comportamiento de AGA en otro contexto normativo en la región, como Brasil.



447 Las industrias encuentran menores dificultades normativas para llevar a cabo sus operaciones en los países de América Latina. Por ejemplo, Estados Unidos, Canadá y Europa tienen implementados RETC y en América Latina solo México y Chile tienen estas herramientas implementadas, que en el caso de la minería los obligaría a declarar cantidades de mercurio y cianuro utilizado, residuos generados, cantidad de agua afectada.

De cara a este escenario, esta sección buscó comprender desde un análisis casuístico, el desarrollo de dos emprendimientos mineros a cargo de la misma empresa en países diferentes con marcos jurídicos e institucionales distintos. El análisis jurídico también incluye los mecanismos de protección del ambiente administrativos y judiciales existentes en los dos casos en contra de AGA. Para ello, fueron seleccionados los procesos administrativos emprendidos por el Ministerio Público en el caso de Córrego do Sítio y los procesos judiciales iniciados a través de las comunidades presentadas en el caso de La Colosa. Este análisis consideró todas las actuaciones de los dos casos seleccionados desde su concepción hasta la fecha de corte de la investigación, es decir, diciembre de 2014. En el caso de La Colosa, el proceso judicial seleccionado fue el de la acción popular porque a la fecha de cierre de la investigación no se había iniciado el proceso administrativo de licenciamiento ambiental y porque en Colombia, esta es la acción judicial por excelencia para la defensa de los derechos e intereses colectivos.

Para el desarrollo de este trabajo se construyeron dos metodologías específicas de investigación que respondieran a los objetivos del mismo: una metodología para la selección de los casos y una metodología para las visitas de campo de los proyectos.

En el año 2011, el primer caso seleccionado fue el proyecto minero La Colosa por varias razones. En primer lugar, porque debido al trabajo de la doctoranda como miembro de la clínica jurídica Grupo de Acciones Públicas - GAP de la Universidad del Rosario, se tuvo acceso a una amplia información sobre el mismo. En segundo lugar, en el marco de la investigación se acompañó personalmente todo el proceso judicial desde sus inicios, asistió a las audiencias e hizo seguimiento procesal. Finalmente, en el marco del trabajo anteriormente descrito conoció y trabajó con las comunidades locales y nacionales involucradas en el proceso y se hizo seguimiento a la cobertura mediática del caso con el fin de identificar las diferentes posturas al respecto.

En el año 2013, a partir de la identificación de las características del proyecto La Colosa y gracias al apoyo del codirector de la tesis durante la pasantía doctoral en Brasil, se estudiaron varios posibles casos de gran minería de oro de AGA en este país hasta llegar a la selección de Córrego do Sítio I gracias a la posibilidad de acceder a información sobre el caso y la empresa.

Una vez identificados los elementos de trabajo de los casos, fue desarrollada y aplicada la misma metodología para las dos visitas de campo a través de cinco etapas:



*Fuente: La autora (2015).*

1. Identificación y acercamiento con los contactos para lograr concertar con la empresa una fecha para la visita.
2. Definición de la metodología y de los tres ejes temáticos del levantamiento de información: la empresa y sus operaciones; gestión y cumplimiento normativo minero ambiental y gestión social y relacionamiento comunitario.
3. Coordinación los arreglos logísticos y de la agenda de trabajo para los respectivos viajes a Belo Horizonte y a Ibagué.
4. Una vez en las ciudades capital se realizaron los desplazamientos a las oficinas de la empresa en Nova Lima y Cajamarca para realizar las reuniones con los funcionarios de las áreas jurídicas, de gestión con la comunidad y de medios de comunicación. En los dos casos se obtuvo una presentación de las operaciones de la empresa en el país, del proyecto por parte de los funcionarios y de los protocolos de seguridad. También se logró concertar reuniones con funcionarios públicos involucrados con los casos.
5. A continuación, se emprendieron los traslados al municipio de Santa Bárbara (Brasil) y a la vereda La Luisa (Colombia) en donde se visitaron las instalaciones, campamentos y diferentes áreas de la mina y el proyecto.

De la investigación presentada en este apartado, es posible afirmar que el contexto geográfico y medio ambiental para el desarrollo de actividades mineras en Brasil, particularmente en Minas Gerais no es muy distinto del contexto colombiano del departamento del Tolima. La riqueza en términos de biodiversidad y las características de la población son elementos comunes a los dos estudios de caso. Igualmente, llama la atención la manera en la que la empresa opera en los dos países, los códigos de percepción de las instituciones y de las normas y los códigos de relacionamiento con las comunidades obedecen a protocolos y estándares internacionales que se repiten indistintamente del país.

En los dos países, la forma como se estructuraron las visitas, los funcionarios que las acompañaron y el método utilizado fue muy similar a pesar de que la empresa no conocía en detalle el objeto de la investigación de la doctoranda ni las intenciones de visitar los dos proyectos mineros. Es muy interesante observar que el discurso de AGA en Brasil y en Colombia es el mismo.

Desde el punto de vista normativo, en Brasil puede ser mejor el comportamiento de la empresa porque el licenciamiento ambiental a pesar de tener fallas es más complejo y más exigente. Por decirlo de alguna manera, el licenciamiento ambiental en Colombia es más sencillo y los requisitos son más laxos. Es más difícil jurídicamente en Brasil pero más fácil desde el punto de vista social porque hay menos oposición.

Desde la óptica jurídica, hay aspectos para resaltar y para reprochar del comportamiento de la empresa. Si bien la empresa hace minería “legal” al ceñirse a los parámetros que la norma nacional le exige, esto no necesariamente significa que se está haciendo minería sostenible.

Para resaltar, se encuentra que AGA garantiza un amplio acceso a la información del proyecto y de la empresa, acceso a las instalaciones de la mina sin ninguna restricción, diálogo permanente con las comunidades, generación de empleo en la región, apoyo a proyectos económicos y sociales en la región. Esto de alguna manera genera el interrogante si los proyectos están generando impactos sociales positivos y desafortunadamente, supliendo la ausencia del Estado a través de sus proyectos en temas como cobertura de servicios públicos y garantía de derechos fundamentales.

Desde el punto de vista operacional, hay que reconocer que la empresa desarrolla una gran actividad de RSE. Sin embargo, es muy importante recordar que “las características ambientales y geológicas de la región hacen que cualquier operación minera sea de alto costo ambiental” (BM Colombia Solidarity Campaign, 2013).

Por otra parte para reprochar, hay que recordar que recibir títulos mineros en áreas protegidas, iniciar actividades de exploración sin realizar la debida sustracción de la reserva forestal o limitarse a lo que exige la norma frente a parámetros de cierre de la mina no es hacer minería sostenible y garantizar la protección del ambiente sano. Desde el punto de vista social, también es preciso traer a colación el tema de la división social que se genera en las comunidades con los “pro mina” y los que están en contra de la mina.

Desde el punto de vista institucional, es fundamental reconocer el rol clave del Ministerio Público Ambiental tanto en Brasil como en Colombia pues en esta figura las comunidades tienen un gran aliado. En Colombia, este papel es más débil y está bastante influenciado por factores políticos pero dependiendo del momento, en el caso de La Colosa ha desarrollado un rol importante dentro del proceso judicial presentando argumentos de protección ambiental.

De otro lado, es importante mencionar que el Ministerio Público de Minas Gerais es reconocido como una de las instituciones más fuertes y transparentes de Brasil. Es muy difícil permear esta institución porque cuentan con una serie de garantías y prerrogativas otorgadas tanto por la Constitución y la Ley que no las hace puntos fáciles de corrupción. Sus funcionarios tienen amplias garantías laborales y prestacionales así como permanencia vitalicia en el cargo. Para trabajar en esta institución hay que pasar por un concurso público muy largo y complejo que de alguna forma garantiza la idoneidad de los funcionarios (Capelli, s. f.).

## ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

Del estudio de los casos seleccionados es posible observar, que el interés u oposición de las comunidades sobre los proyectos presenta varios aspectos positivos. En primer lugar, en la medida en que hay acercamiento por parte de las personas hacia los proyectos mineros se abren nuevos escenarios participativos que pueden generarse de diferentes maneras. Es muy importante resaltar que la participación debe ser previa a la toma de decisiones. Algunos mecanismos se presentan de manera oficiosa por parte del Estado, otros por solicitud de las comunidades por diferentes vías y otros, de iniciativa de la empresa. Estos últimos más que mecanismos de participación pueden considerarse espacios de socialización de información de la empresa hacia la comunidad.

En segundo lugar, un elemento común entre los dos casos, es que la empresa tiene a disposición del público una gran cantidad de información disponible, la cual es un elemento indispensable para la efectividad de los procesos participativos señalados anteriormente.

Así mismo, partir de la investigación desarrollada, se concluye que hay ciertos elementos que deben existir en los procesos judiciales en proyectos mineros. Al respecto, por lo menos tres tipos de recursos que deben garantizarse para lograr sentencias judiciales que garanticen la protección de los derechos humanos y ambientales en los proyectos mineros. El primero, es el recurso humano, es decir, jueces y magistrados, especializados y conocedores de derecho ambiental son claves para la comprensión del problema jurídico que se presenta ante sus Despachos. Para ello, las legislaciones de Colombia y de Brasil deben avanzar hacia la creación de órganos jurisdiccionales específicos como Juzgados y Tribunales Ambientales. El segundo es el recurso tiempo, el cual es una premisa fundamental para la toma de decisiones ambientales, pues los procesos deben desarrollarse de forma ágil y celeridad de tal manera que los fallos sean oportunos y no se promulguen cuando los daños ambientales ya se hayan causado. Por ello, la adopción de medidas cautelares al inicio de los procesos administrativos o judiciales, es fundamental para evitar la generación de deterioro ambiental.

El tercero, es el recurso dinero el cual indispensable para sufragar el alto costo de las pruebas periciales y dictámenes y los honorarios por la participación de peritos o expertos de diferentes disciplinas como la biología, la geología o la ingeniería.

Finalmente, el análisis de la experiencia brasilera permite revisar muchas discusiones que se están dando en Colombia en estos momentos y que en Brasil ya se dieron hace algún tiempo. Esto también le permite a Colombia entender que en la región existen estándares ambientales y mineros más altos y exigentes para las empresas que los que tiene el país actualmente. De alguna forma es posible afirmar que el si bien las empresas tienen toda la responsabilidad por la vulneración de derechos humanos y ambientales, también es cierto que los Estados generan escenarios en los que las empresas tienen estándares normativos más bajos y requisitos más laxos para ejercer su actividad. Aunado a esto, no existen controles ni sanciones fuertes que eviten que las multinacionales ajusten su comportamiento sino que por el contrario el Estado permite, invita y crea ambientes ideales para los inversionistas. El gran problema será entonces que lo “legal” es insuficiente para realizar “minería sostenible”.

Algunas conclusiones de la investigación señalaron que para garantizar la efectividad del derecho ambiental, el desarrollo sostenible y los derechos humanos en grandes proyectos mineros se requiere:

- Fortalecer las legislaciones y las instituciones minera y ambiental.
- Fortalecer la capacidad del Ministerio Público y de los jueces involucrados y que deciden casos ambientales.
- Reconocer el rol fundamental de los derechos procedimentales ambientales para resolver conflictos ambientales, esto es, el empoderamiento de las comunidades con información de calidad y mecanismos de participación y justicia ambiental efectiva para la adecuada protección de derechos colectivos.
- Incorporar el enfoque de derechos humanos en la gestión ambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

Abramovich Víctor, *Dilemas actuales en la resolución de la pobreza, El aporte del enfoque de derechos*, Unesco (2006).

Banco Mundial, *Informe sobre desarrollo*, Banco Mundial (2010).

Barboza, Julio. *The Environment, Risk and Liability in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers (2011).

BM Colombia Solidarity Campaign, *La Colosa: Una Muerte Anunciada Informe Alternativo acerca del proyecto de Minería de Oro de AngloGold Ashanti en Cajamarca, Tolima, Colombia*, Recuperado de: [http://www.colombiasolidarity.org.uk/attachments/article/610/LA%20COLOSA\\_Una%20Muerte%20Anunciada.pdf](http://www.colombiasolidarity.org.uk/attachments/article/610/LA%20COLOSA_Una%20Muerte%20Anunciada.pdf). (2013).

Capelli, Silvia, *O Ministério Público e os Instrumentos de Proteção ao Meio Ambiente* Recuperado de <http://www.mprs.mp.br/ambiente/doutrina> (s. f.).

Garay, Luis Jorge, *Minería en Colombia, Control Público, Memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto*. Contraloría General de la República (2014).

Garrido, Francisco (Ed.), *El paradigma ecológico en las ciencias sociales*, Icaria (2007).

Guimarães, Roberto, La sostenibilidad del desarrollo entre Río-92 y Johannesburgo 2002: Éramos felices y no sabíamos, *Ambiente y Sociedad*, 9 (2) (2001).

\_\_\_\_\_, La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo, *Ecología Política. Naturaleza, sociedad y utopía* (2001b).

Hajjar, Linda, *Human Rights an the Environment, Philosophical and Legal Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers (2011).

Organización de Naciones Unidas, *Informe 2011 sobre Objetivos de Desarrollo del Milenio*, ONU (2011).

PNUMA, *Informe sobre Desarrollo Humano 2011: Sostenibilidad y equidad: un mejor futuro para todos*, ONU (2011).

Ramlogan, Rajendra, *Sustainable Development: Towards a Judicial Interpretation*, Martinus Nijhoff Publishers (2011).

Sen Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras (2010).

\_\_\_\_\_, Human Rights and Development. En A. Bard & S. Marks (Eds.). *Development as a Human Right: Legal, Political, and Economic Dimensions*. Londres, Inglaterra.: Harvard School of Public Health (2006).

\_\_\_\_\_, *Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*, Ediciones Deusto (2007).

\_\_\_\_\_, *The Materials of Justice en The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press (2009).

UNAM, Problemas del desarrollo. *Revista Latinoamericana de Economía*, 2 (4) (2007).





## **IV. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO AMBIENTAL**

Uno de los principales desafíos en las Américas es el cumplimiento efectivo del amplio marco legal e institucional para garantizar el estado de derecho en materia ambiental. Las tendencias y los temas emergentes en el cumplimiento son abordados en los extractos bajo este sub-tema.

## 4.1 Aplicación del principio “in dubio pro natura” para la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental

Nicholas Bryner



*Aplicación y cumplimiento, principio precautorio, in dubio pro natura, poder judicial y Estado de Derecho en materia ambiental.*

*El reconocimiento del principio de derecho ambiental emergente in dubio pro natura, en el que se resuelven las incertidumbres a favor de un resultado que dará lugar a una protección del medio ambiente, es un paso clave hacia la incorporación de una ética de la sostenibilidad ambiental en el sistema legal y en el fortalecimiento del Estado de Derecho en materia Ambiental. Varios Estados de la región Interamericana han comenzado a aplicar este principio en la interpretación de las leyes, desplazando la carga de la prueba, y de otras formas para dar mayor efectividad a las leyes ambientales.*

*Uno de los deberes fundamentales de los gobiernos es proteger los derechos e intereses de las partes vulnerables y las minorías. El Estado de Derecho en materia Ambiental sostiene que este deber y sus principios relacionados se implementan con toda su fuerza en los asuntos relacionados con el medio ambiente. Varios Estados de la región Interamericana han incorporado y desarrollado un principio emergente del derecho, in dubio pro natura, en el que se resuelven las incertidumbres a favor de un resultado que dará lugar a una mayor protección o conservación de la naturaleza. Este principio es análogo al principio de derecho civil in dubio pro reo en el contexto del derecho penal y las presunciones de inocencia del derecho común, así como el principio in dubio pro homine en el marco jurídico de los derechos humanos. Reconocer el principio in dubio pro natura puede ser un elemento fundamental en el establecimiento del Estado de Derecho en materia ambiental. Por ejemplo, los poderes judiciales han aplicado el principio en la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, y también lo han aplicado para cambiar la carga de la prueba en los litigios ambientales, con el fin de proveerle a las leyes ambientales una mayor eficacia en la preservación del medio ambiente. Este ensayo analiza cómo se ha aplicado el principio in dubio pro natura en la región Interamericana, incluyendo las decisiones judiciales en Brasil y Costa Rica, así como las disposiciones constitucionales en el Ecuador. Luego sugiere aplicaciones adicionales de este principio para garantizar la aplicación efectiva y el estado de derecho en materia ambiental.*

### INTRODUCCIÓN

La naturaleza fundamental del Estado de Derecho se basa en la idea de que las sociedades deberían ser gobernadas por un conjunto de reglas y normas justas que se aplican de forma equitativa a todos. Con este fin, el Estado de Derecho incorpora principios como la justicia, la rendición de cuentas, la imparcialidad y la equidad, entre otros.

Si definimos de esta forma el Estado de Derecho, el Estado de Derecho en materia ambiental es la idea modesta aunque directa, de que esos mismos principios se aplican con toda su fuerza en los asuntos relacionados con el ambiente. En otras palabras, nadie y ninguna organización está por encima de las leyes ambientales. Del mismo modo, los derechos y deberes relacionados con el ambiente tienen el mismo rango que otros derechos y responsabilidades. A fin de aplicar plenamente el Estado de Derecho en materia ambiental, necesitamos no sólo un marco jurídico que defina claramente las reglas y normas, sino también los mecanismos para el cumplimiento y aplicación efectiva.

Sólo un marco legal y un sistema de aplicación y el cumplimiento será efectivo si se construye sobre un fundamento ético que conduzca a cambios en el comportamiento de toda una sociedad. Si el Estado de Derecho se basa en el respecto al sistema jurídico (que, a su vez, depende de la confianza en los principios

fundamentales de ese sistema y de su justicia y equidad), el Estado de Derecho en material ambiental depende también de que se consideren las preocupaciones ambientales. La construcción de este fundamento requiere dedicarle esfuerzos a una ética de sostenibilidad —a una ética que reconozca nuestros propios límites, nuestra mortalidad, y la naturaleza finita de nuestros recursos, y que reconozca que los seres humanos estamos interconectados con los ecosistemas en los que vivimos.

Aldo Leopold escribió la famosa descripción sobre una “ética de la tierra”, *Equilibrio Ecológico: Almanaque de un condado arenoso* (“*A Sand County Almanac*” por su nombre en inglés).<sup>448</sup> Leopold vio las preocupaciones ambientales como una extensión lógica de la ética, como el siguiente subsiguiente en la evolución de las normas antropocéntricas, pasando de un enfoque en las relaciones entre los individuos (que habían permitido, por ejemplo, para rechazar el sometimiento de otras personas a través de la esclavitud), a un enfoque entre los individuos con la sociedad, y, eventualmente, a las interacciones de los seres humanos con la tierra, los animales, las plantas, y el resto del entorno natural.<sup>449</sup>

Como parte del Estado de derecho, por lo general, reconocemos que uno de los deberes fundamentales de los gobiernos es proteger y salvaguardar los derechos e intereses de las partes vulnerables y las minorías. Por analogía, a la “ética de la tierra” de Leopold, esta obligación debería extenderse al ambiente; los ecosistemas contienen intereses valiosos aunque vulnerables que a menudo están inadecuadamente representados en el proceso legislativo o en la toma de decisiones administrativas.

Un paso clave en la incorporación de una ética de sostenibilidad ambiental en el sistema legal es la aplicación de un principio emergente del derecho, *el in dubio pro natura*, en el que se resuelven las incertidumbres a favor de un resultado que dará lugar a una mayor protección o a la conservación de la naturaleza. *In dubio pro natura*, como principio “pro-naturaleza”, es de aplicación general y se extiende a los fundamentos éticos del Estado de Derecho y de los derechos humanos en el ámbito ambiental. Es análogo al principio de derecho civil *in dubio pro reo* (en caso de duda, se falla a favor del acusado) o presunciones de inocencia del derecho común en el ámbito del derecho penal, así como el principio *in dubio pro homine* en las leyes de derechos humanos.<sup>450</sup>

Varios Estados de la región Interamericana han empleado el principio *in dubio pro natura* en decisiones judiciales y en las disposiciones constitucionales o legislativas. Por ejemplo, los tribunales han aplicado el principio en la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, y también lo han aplicado para desplazar la carga de la prueba en los litigios ambientales, con el fin de dar a las leyes ambientales una mayor eficacia en la preservación del ambiente.

En este ensayo se traza primero una justificación y definición del principio *in dubio pro natura*, en referencia a los conceptos similares en otras áreas del derecho y de otros principios del derecho ambiental. Después, se analiza los casos específicos en los que el *in dubio pro natura* ha sido aplicado en el Hemisferio Occidental, incluyendo las decisiones judiciales en Brasil y Costa Rica, así como disposiciones constitucionales en Ecuador. Concluye con recomendaciones de nuevas aplicaciones adicionales de este principio para asegurar un Estado de Derecho en materia ambiental efectivo.

## 1. *In dubio pro natura*: definiendo el principio.

### 1.1. Justificación

En términos simples, *in dubio pro natura* es un principio general: en caso de duda o incertidumbre, resolvemos la incertidumbre a favor de lo que permite una mayor protección o conservación de la naturaleza. Se puede aplicar a todos los procesos de toma de decisiones relacionados con el ambiente. Para un organismo administrativo, *in dubio pro natura* significa una preferencia por las tomas de decisiones que favorecen una mayor protección de, o un menor impacto sobre la biodiversidad, hábitat, procesos de los ecosistemas, calidad del aire y el agua, y así sucesivamente. Para la interpretación judicial de asuntos complejos, da peso

---

448 Aldo Leopold, *A Sand County Almanac* (1949).

449 Ibid.

450 Ver, e.g., J. Russo & R.O. Russo, *In Dubio pro Natura: Un Principio de Precaución y Prevención a Favor de los Recursos Naturales*, 5(1) *Tierra Tropical* 73, 75 (2009). Russo & Russo list several analogous principles: *in dubio pro reo* in criminal law; *favor debitoris* in civil law; *in dubio pro operario* in labor law; and *pro homine* in human rights. Ibid.

hacia la interpretación de las disposiciones constitucionales, leyes, políticas y normas a favor de lo que dará una mayor protección al ambiente.

La formulación del principio es planteado por analogía a otras áreas del Derecho, especialmente el *principio in dubio pro reo* en el Derecho penal. La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una cita inicial del principio en 1995, ilustra sus raíces:

*“Para la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actitud preventiva, es decir, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio “in dubio pro natura” que puede extraerse, analógicamente, de otras ramas del Derecho y que es, en un todo, acorde con la naturaleza”.*<sup>451</sup>

En el derecho penal, las ambigüedades de un sistema legal pueden crear un riesgo de daño irreversible al derecho humano a la libertad y al debido proceso. Para evitar este riesgo, el principio *in dubio pro reo* es una herramienta legal para inclinar la balanza a favor del acusado.

Esto se puede aplicar tanto en términos de la elaboración e interpretación de la ley, así como la valoración de las pruebas y la carga de la prueba legal. En el primer caso, si la disposición penal no es clara en cuanto a si se aplica o de qué forma se hace, la aplicación de este principio significa la interpretación de la ley más favorable para el acusado; esto asegura que los gobiernos deban definir clara y deliberadamente qué conductas está penalmente prohibidas. En relación al último caso, se requiere una fuerte carga de la prueba para condenar a un acusado a fin de reducir el riesgo de error en juzgar equivocadamente a aquellos que podrían ser inocentes y reducir la posibilidad de abusos del sistema judicial por motivaciones políticas o contra personas vulnerables.

En el Derecho ambiental, necesitamos un principio análogo que proteja el derecho humano a un medio ambiente sano, o los derechos a la naturaleza allá en donde estén reconocidos. La aplicación incorrecta o falta del Derecho ambiental pueden crear un riesgo de daños irreversibles al medio ambiente. El *In dubio pro natura* es una respuesta a este riesgo, y un principio de reparación necesario para un sistema en el que los intereses económicos en general, se han reforzado a costa de los intereses sociales, culturales y ambientales. Por lo tanto, el principio guía a los organismos administrativos y judiciales a evitar acciones o decisiones que pueden conducir a un daño ambiental.

En otras palabras, las leyes o decisiones que permitan una actividad que pueda dañar al ambiente debe ser inequívoca, a fin de garantizar la correcta deliberación, la transparencia y la rendición de cuentas. El efecto disuasorio previsto implica que todos aquellos que se involucren en una acción que suponga un riesgo de daño ambiental sepan que las normas ambientales serán interpretadas, de manera general, en su contra.

*La aplicación incorrecta o la ausencia de normas ambientales pueden crear un riesgo de daños irreversibles al medio ambiente. El *In dubio pro natura* – que resuelve la inseguridad jurídica a favor de una mayor protección del medio ambiente es una respuesta a este riesgo, y un principio de reparación necesario para un sistema en el que los intereses económicos en general, se han reforzado a costa de los intereses sociales, culturales y ambientales.*

## 1.2. Relación con otros principios del Derecho ambiental

Para resolver las incertidumbres a favor de la naturaleza — la esencia del *principio in dubio pro natura* — es complementaria, pero se distingue de otros principios y conceptos en el Derecho ambiental, incluyendo los derechos de la naturaleza, los derechos a un ambiente sano, los conceptos sobre la confianza pública, y los principios de prevención y de precaución.

En un sistema legal que reconoce los derechos de la naturaleza, tales como los de Bolivia<sup>452</sup> o Ecuador,<sup>453</sup> el derecho debe obligar lógicamente la aplicación del *in dubio pro natura* con el fin de proteger los derechos de la naturaleza de la misma manera que los derechos de las personas. En este sentido, el principio debe ser visto como una parte necesaria de un sistema legal para garantizar tales derechos. Sin embargo, la aplicación del principio no depende de tales derechos de la naturaleza; un derecho humano a un medio ambiente sano implica también un principio jurídico de respeto a los intereses ambientales que afectan el goce del derecho.<sup>454</sup> En Brasil, por ejemplo, la combinación de un derecho humano a un “medio ambiente ecológicamente equilibrado” con el correspondiente deber del Estado y de la comunidad “para defenderlo y preservarlo”<sup>455</sup> conduce a la responsabilidad de considerar el potencial impacto ambiental de cualquier decisión o acción por lo menos a la par con los impactos sobre cualquier otro derecho fundamental. Los sistemas legales sin “derechos ambientales” pueden emplear este principio para dar efecto a las leyes ambientales y para interpretar mandatos dirigidos a los tomadores de decisiones que afectan los intereses ambientales.

El principio *in dubio pro natura* está vinculado con y es complementario con las normas de precaución, entendido como el principio de precaución o enfoque de precaución en el Derecho ambiental nacional e internacional, que supone aplicar preferentemente la prevención de daños al medio ambiente en lugar de la reparación después de los hechos. Sin embargo, el *In dubio pro natura* puede y debe ser distinguido del principio de precaución en el ámbito de aplicación, dado que provee orientaciones para resolver incertidumbres jurídicas en lugar de enfocarse en las incertidumbres científicas.

Los estudiosos han discutido varias versiones o interpretaciones o formulaciones de un principio de precaución.<sup>456</sup> La idea de un enfoque preventivo implica la incertidumbre en la toma de decisiones que pueden tener un impacto presente o futuro en la calidad del medio ambiente. Se trata de ejercer cautela y proporcionar un margen de seguridad, con la esperanza, de evitar niveles inaceptables de daño ambiental. En la mención más reconocida a nivel mundial, el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo afirma:

*“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”*.<sup>457</sup>

La distinción fundamental a los efectos de la presente discusión es que el principio o enfoque de precaución, como se describe en el Principio 15, se basa en la incertidumbre científica. En esencia, el principio altera la carga de la prueba en la formulación de políticas *ex ante*.<sup>458</sup> En una articulación más fuerte del principio de precaución, la incertidumbre científica no es sólo una justificación para la acción, sino que crea una obligación;<sup>459</sup> este cambio de la carga de la prueba significa que una persona que proponga una actividad con potencial de causar daños al medio ambiente tiene la responsabilidad afirmativa de demostrar que el riesgo es bajo antes de que se autorice dicha actividad.

452 Ley Marco de Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, Ley No. 300, de 15 de octubre de 2012 (Bolivia); Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley No. 71, de 21 de diciembre de 2010 (Bolivia).

453 Constitución de la República del Ecuador, art. 71.

454 Ver, e.g., Nicholas A. Robinson, *Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?*, 44(1-2) *Envtl. Pol’y & L.* 13, 16 (2014) (promoting *in dubio pro natura* in the context of implementing environmental rights).

455 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 225.

456 Ver, e.g., Russell Powell, *What’s the Harm? An Evolutionary Theoretical Critique of the Precautionary Principle*, 20 *Kennedy Institute of Ethics J.*, no. 2, at 181-206 (2010) (laying out criticism of the precautionary principle from a philosophical perspective, but noting it’s formulation as a policy-making, risk analysis tool); Monika Ambrus, *The Precautionary Principle and a Fair Allocation of the Burden of Proof in International Environmental Law*, 21 *Rev. Eur. Comm. & Int’l. Envtl. L.* 259, 261 (2012) (discussing “substantive” and “procedural” understandings of the precautionary principle and arguing that these two types of understandings are complementary).

457 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Principio 15, A/CONF.151/26 (Vol. I) (1992), *disponible en* <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>.

458 Los estudiosos han descrito diferentes versiones o interpretaciones del principio de precaución, entre ellas tres formulaciones: ‘uncertainty does not justify inaction,’ ‘uncertainty justifies action’ y ‘shifting the burden of proof.’ Ver Ambrus, *supra* note 456, at 261.

459 *Ibid.* 262.

### 1.3. Aplicabilidad

El principio *in dubio pro natura* llama a resolver incertidumbres a favor de la naturaleza. Para plantear esta idea general de cómo el principio debe aplicarse en la práctica, hay que definir el alcance o la aplicabilidad, o en otras palabras, articular qué tipo de “incertidumbres” están cubiertas por el principio. El principio de precaución es una herramienta útil para las decisiones de formulación de políticas; es “inherente al concepto de desarrollo sostenible”<sup>460</sup> y la equidad intergeneracional, ya que sin este análisis de riesgo a futuro, no habría manera de equilibrar las necesidades actuales “sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.<sup>461</sup> Pero esto por sí solo no va al centro de la conformación de un sistema legal que promueve la sostenibilidad ambiental. Para el análisis legal, el *in dubio pro natura* es diferente; se superpone y va más allá del enfoque de la incertidumbre científica ya que, en cambio, aborda la inseguridad jurídica.

En este sentido, una aplicación del principio *in dubio pro natura* es la interpretación legal. Si hay algo de incertidumbre en cuanto a lo que significa o en qué medida se aplica la ley, el poder judicial debe rendir una decisión que resuelve ambigüedades a favor de una interpretación que mejor promueve la protección del medio ambiente o el disfrute de los derechos relacionados con el medio ambiente.<sup>462</sup> En cuanto a las leyes o normas que no son “legislación ambiental” per se, el principio se aplica cuando hay incertidumbre en cuanto a cómo esas leyes deben afectar el ambiente o los recursos naturales.

En un procedimiento judicial, los jueces también pueden aplicar el principio en la evaluación de evidencia en contra de estándares legales. Cuando hay incertidumbre jurídica o ambigüedad en cuanto a si un estándar legal se ha cumplido, la incertidumbre se resuelve a favor de la protección de la naturaleza. Por lo tanto, como señala el profesor Nicholas Robinson, “cuando no hay seguridad sobre un asunto o los argumentos se encuentran igualados” el *in dubio pro natura* obliga a “una decisión que protege mejor a la naturaleza.”<sup>463</sup> Este principio aborda algunas de las dificultades en los litigios sobre asuntos ambientales, incluyendo el desafío de demostrar la causalidad en los casos en que los impactos ambientales son difusos y cuando los daños son difíciles de rastrear, ya sean causados por muchas partes o que sólo aparecen después de un largo período de latencia (como es el caso de muchos problemas de salud humana y ambiental relacionados con residuos peligrosos o la contaminación).

La inseguridad jurídica también se aplica a otros actores además de los poderes judiciales. Para las agencias administrativas, el *in dubio pro natura* puede resolver ambigüedades sobre el mandato de una agencia o sobre los criterios que debe utilizar para determinar si debe tomar o emitir un permiso para una actividad concreta. También debe establecer un estándar para la toma de decisiones en relación a los requisitos para la evaluación de impacto ambiental. Esto promueve los intereses ambientales, ampliando el alcance de la autoridad burocrática para proteger los derechos ambientales al tiempo que limita la discreción de aprobar medidas que podrían afectar negativamente al ambiente.

En resumen, el *in dubio pro natura* es una extensión lógica de conceptos similares en otras áreas del Derecho que están diseñados para salvaguardar los intereses vulnerables o insuficientemente representados. Complementa otros principios del Derecho ambiental, proporcionando una referencia para hacer frente a la inseguridad jurídica en la interpretación de las leyes o en la toma de decisiones ambientales.

## 2. ANÁLISIS

### 2.1. Costa Rica

Los tribunales de Costa Rica han estado a la vanguardia en el reconocimiento del principio *in dubio pro natura* y en la justificación de la aplicación de un principio a favor de la naturaleza por analogía a otras ramas del Derecho. Sin embargo, estas decisiones de los tribunales, se superponen con el concepto del prin-

---

460 David A. Wirth, *The Rio Declaration on Environment and Development: Two Steps Forward and One Back, or Vice Versa?*, 29 Ga. L. Rev. 599, 634 (1995).

461 World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission), *Our Common Future*, ch. 2, para. 1 (1987).

462 Ver Discusión con respecto a la aplicación del principio en este contexto en Brasil

463 Robinson, *supra* note 454, at 16.

cipio de precaución. Esto limita la aplicabilidad del *in dubio pro natura* y no permite su uso más amplio en lo que respecta a las incertidumbres legales.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica estableció por primera vez el principio *in dubio pro natura* en una decisión en 1995.<sup>464</sup> En ese caso, la Corte defendió la Ley Forestal de Costa Rica y un decreto ejecutivo relacionado a ésta contra una demanda relativa a que algunos de sus disposiciones eran inconstitucionales, dado que violaban los derechos de la propiedad privada. La Corte citó el principio de precaución en la Declaración de Río (Principio 15) y señaló la conexión entre el Derecho ambiental y otras áreas del Derecho destinados a salvaguardar intereses insuficientemente representados, de las minorías, o los vulnerables.<sup>465</sup> Sobre la base de esta justificación para el principio *in dubio pro natura*, el tribunal rechazó una interpretación “rígida” de los derechos de propiedad y defendió la ley en cuestión como una restricción razonable de la propiedad privada.<sup>466</sup>

A partir de 2013, esta decisión sobresaliente ha sido citada por 27 casos subsiguientes en el Tribunal Constitucional de Costa Rica. La mayoría de estos son referencias a partes específicas de una decisión sobre el alcance del Derecho ambiental en relación a la responsabilidad del gobierno para llevar a cabo las EIA, basándose en el principio de precaución. Muchos de los casos de Costa Rica utilizan “*in dubio pro natura*” y “*el principio precautorio*” indistintamente.<sup>467</sup> Esto está también presente en la legislación Costarricense, en normas como la ley de Biodiversidad, que ofrece una formulación del principio de precaución de la Declaración de Río. La Ley N ° 7788 de 1998 hace lo mismo; el artículo 11 es esencialmente una formulación del principio de precaución de la Declaración de Río.<sup>468</sup>

Esta jurisprudencia es importante en la consolidación de la base jurídica del principio *in dubio pro naturaleza* que salvaguarda los intereses ambientales vulnerables. Sin embargo, debería ser extendido para aplicarse de manera más amplia en los casos de inseguridad jurídica.

## 2.2. Brasil

El Tribunal Superior de Justicia (Superior Tribunal de Justiça o STJ) ha tomado el liderazgo en la articulación del principio *in dubio pro natura* en su aplicación para la interpretación legal. El Tribunal estableció una decisión importante en este tema en el 2012, en un caso iniciado por el Ministerio Público del Estado de Minas Gerais contra un terrateniente por el daño ambiental causado por la deforestación ilegal de la vegetación nativa en el Bioma Cerrado.<sup>469</sup> El caso fue presentado como una “acción civil pública” (*Ação civil pública*), una clase especial de demanda creada por una Ley de 1985 que autoriza a los fiscales públicos o ciudadanos a litigar sobre asuntos de interés público (incluyendo los intereses ambientales).<sup>470</sup>

La pregunta en la apelación al STJ se trataba de una cuestión de una interpretación legal: cómo interpretar la Ley de Acción Civil Pública de 1985. El artículo 3 de la Ley establece que una acción civil pública puede buscar un juicio de daños monetarios “o” medidas cautelares.<sup>471</sup> El tribunal de primera instancia y el Tribunal Supremo del Estado, siguiendo los precedentes anteriores, sostuvieron que la palabra “o” era exclusiva y significaba que el demandante o el fiscal sólo podían presentar una reclamación por una u otra: daños o requerimiento judicial.<sup>472</sup> La Segunda instancia del STJ revirtió esta interpretación bajo el razonamiento de que las leyes destinadas a garantizar la protección de las “partes vulnerables y, los intereses colectivos y difusos” deben ser interpretadas con la intención de darles el mayor alcance en la consecución de su objetivo.<sup>473</sup> Por lo tanto, la interpretación del Tribunal del Derecho ambiental se hizo bajo el principio *in dubio pro natura*.<sup>474</sup>

Aplicado a este caso, queda claro que la disponibilidad de sólo uno o el otro, daños o medidas cautelares- podría no ser suficiente para cumplir del propósito de la ley, que era crear un remedio eficaz para

---

464 Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 5893, 27.10.1995.

465 Ibid.; ver supra nota 451 y el texto que le sigue.

466 Ibid.

467 E.g., Sentencia 18855 of 2010, 12.11.2010.

468 Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 1998 (Costa Rica).

469 Superior Tribunal de Justiça (Brazil), REsp 1.145.083/MG, DJe 04.09.2012 (2a Turma, Rel. Min. Herman Benjamin).

470 Lei da Ação Civil Pública, No. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Brazil).

471 Ibid., art. 3.

472 REsp 1.145.083/MG at 5-6.

473 Ibid. at 15.

474 Ibid. at 16.

disuadir acciones que violen el interés público. Al contrario, la interpretación de la ley que permita a un tribunal evaluar las indemnizaciones monetarias para los daños ambientales, junto a la obligación concomitante de reparación ambiental, sería más probable que conduzca a mejorar las condiciones ambientales y el cumplimiento futuro. El uso de la ley del término “o” puede ser ambiguo; bajo el principio *in dubio pro natura*, el Tribunal resuelve cualquier incertidumbre en la ley a favor de una mayor protección del medio ambiente.<sup>475</sup>

El razonamiento detrás de este conjunto de casos del STJ también obliga a desplazar la carga de la prueba a casos ambientales complejos. Dadas las dimensiones éticas, ecológicas, intergeneracionales, y culturales de los daños ambientales, la responsabilidad civil es “más rigurosa” desde la perspectiva de aquellos que violan las normas ambientales y “más comprometida” para restaurar los derechos y los intereses de las partes agraviadas. Esto significa cambiar el paradigma del Derecho de responsabilidad civil basado en los conceptos tradicionales de lesión, diligencia debida, y relación de causalidad.<sup>476</sup>

### 2.3. Ecuador

En Ecuador, hay un principio de formulación legal a favor de la naturaleza consagrado en la Constitución del país en el 2008. El Artículo 395 dice, establece: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.”<sup>477</sup>

Otras disposiciones de la Constitución abordan los derechos de la naturaleza (como el citado anteriormente) y el funcionamiento del principio de precaución en este contexto: “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. . .”<sup>478</sup>

La interpretación de la disposición constitucional en el artículo 395 crea una muy sólida base legal para mejorar la protección de los derechos de la naturaleza. Esto hace que sea más fácil para los jueces abordar las potenciales lagunas o ambigüedades, que exijan una interpretación que reconozca y promueva el propósito de las disposiciones ambientales en la implementación y el apoyo a los derechos de la naturaleza y al derecho humano a vivir en un medio ambiente sano.<sup>479</sup> La Jurisprudencia sobre los derechos de la naturaleza y conceptos relacionados en la Constitución del Ecuador, incluyendo la articulación constitucional del *in dubio pro natura*, están, sin embargo, en sus etapas iniciales.

En el 2011, una Corte provincial en el país reconoció, por primera vez, una demanda presentada en nombre de los derechos de la naturaleza.<sup>480</sup> El caso se refiere a la contaminación del río Vilcabamba sobre el vertido ilícito de materiales de excavación de un proyecto de ampliación de una carretera, el cual también carecía de los permisos necesarios y de la Evaluación de Impacto Ambiental.<sup>481</sup> El caso generó un marco y un precedente sobre el cual los defensores puedan elaborar posteriormente; sin embargo, los retos de ejecución siguen estando presentes. Los tribunales en el país deberían mirar hacia el principio *in dubio pro natura* buscando orientación, según sea necesario, para interpretar y dar pleno efecto a los derechos ambientales.

---

475 Superior Tribunal de Justiça (Brazil), REsp 1.367.923/RJ, DJe 06.09.13 (2a Turma, Rel. Min. Humberto Martins) (author translation).

476 Ibid.

477 Constitución de la República del Ecuador, art. 395, para. 4

478 Ibid. art. 73.

479 Ibid. art. 14.

480 Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, Sentencia No. 11121-2011-0010, de 30.03.2011. Para la historia y análisis del caso ver, por ejemplo, Sofía Suárez, Defendiendo la naturaleza: Retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza Caso río Vilcabamba, Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Energía y Clima (Aug. 2013), disponible en [http://www.ceda.org.ec/wp-content/uploads/2014/05/LIBRO\\_defendiendo\\_a\\_la\\_naturaleza.pdf](http://www.ceda.org.ec/wp-content/uploads/2014/05/LIBRO_defendiendo_a_la_naturaleza.pdf) (accessed 23 May 2015).

481 Ibid.

## CONCLUSIONES

El principio *in dubio pro natura* tiene un gran potencial para la conducción de los actuales sistemas jurídicos hacia un Estado de Derecho Ambiental efectivo. Se ha aplicado como un principio valioso para la implementación de los Derechos ambientales y para la conciliación de los mandatos legales con la comprensión científica moderna de los impactos humanos sobre el ambiente. Como un principio emergente, ha comenzado a ganar reconocimiento en contextos internacionales, destacando la necesidad de establecer una base teórica coherente para el principio y definir de forma amplia las situaciones en las que se puede aplicar.

La expansión de la aplicación del principio a otros países y contextos plantea varios desafíos. Sin embargo, éstos no menoscaban su valor y potencial para promover cambios sustanciales en el comportamiento.

Por ejemplo, ¿cómo los jueces pueden decidir los casos en los que *in dubio pro natura* colisiona con otros Derechos y principios, como por ejemplo, el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la propiedad, o *en dubio pro reo* en derecho ambiental penal?. En general, los jueces están bien equipados para hacer esta evaluación; el equilibrio de los derechos que se inclinan en varias direcciones no es exclusivo a los asuntos ambientales, y aunque no es simple, es una parte central de la función de los jueces. Como punto de partida es importante que reconozcamos este principio, *in dubio pro natura*, precisamente para que los jueces tengan un sustento para comprometerse con estas cuestiones; de lo contrario, las consideraciones ambientales pueden dejarse a un lado o ser superadas por otros intereses.

Otro desafío en la aplicación del principio es que no siempre podemos identificar lo que es “mejor” para la naturaleza. ¿Quién decide lo que favorece a la naturaleza o a la protección del medio ambiente? Si bien esta preocupación no puede ni debe ser infravalorada, en este momento, es un elemento no relevante. Nuestro problema como sociedad no es la incapacidad para decidir entre la ambigüedad de “buenos” o “malos” resultados ambientales. Sí bien esos conflictos existen, son pequeños comparados con las preocupaciones acerca de lo que sucede cuando no tenemos en cuenta los impactos ambientales o los consideramos mucho menos importantes que las preocupaciones económicas u otros intereses individuales y colectivos de corto plazo en conflicto con los primeros.

*Los jueces están bien equipados para evaluar las colisiones entre principios ambientales, tales como *in dubio pro natura* y otros derechos y principios. Como punto de partida, es importante que reconozcamos el *in dubio pro natura*, precisamente para que los jueces tengan un fundamento para abordar estos asuntos; de lo contrario, las consideraciones ambientales pueden dejarse a un lado o ser superadas por otros intereses.*

En conclusión, se reconoce que el principio *in dubio pro natura* puede ser un elemento fundamental en el establecimiento del Estado de Derecho en material ambiental. A simple vista, es un principio modesto — que no siempre garantiza que el ambiente “gana”, sino que crea una preferencia a favor de la naturaleza. Esto se basa en una comprensión del Derecho —en consonancia con el Estado de Derecho—, como salvaguarda de derechos e intereses que están insuficientemente representados. Esto no quiere decir que nunca habrá alguna actividad o acción que dañe al medio ambiente, sino que tenemos que asegurarnos de que estamos considerando los intereses ambientales y dándoles la necesaria deferencia y prioridad.

Para el poder judicial, *in dubio pro natura* es un principio que anima al juez, que representa el último escalón en el ciclo de cumplimiento y aplicación de la ley, a posicionar el ambiente en el mismo rango que los derechos privados y los intereses económicos. En las sociedades modernas, durante muchísimo tiempo, el ambiente no estaba sobre la mesa. Necesitamos un fuerte impulso hacia la construcción de este fundamento ético en nuestra forma de pensar. Con este principio, el resultado ideal será que nosotros como ciudadanos promoveremos mejor y fortaleceremos el Estado de Derecho en material ambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y Artículos:

Monika Ambrus, *The Precautionary Principle and a Fair Allocation of the Burden of Proof in International Environmental Law*, 21 Rev. Eur. Comm. & Int'l. Env'tl. L. 259, 261 (2012).

Aldo Leopold, *A Sand County Almanac* (1949).

Russell Powell, *What's the Harm? An Evolutionary Theoretical*

*Critique of the Precautionary Principle*, 20 Kennedy Institute of Ethics J., no. 2, at 181-206 (2010).

Nicholas A. Robinson, *Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?*, 44(1-2) Env'tl. Pol'y & L. 13 (2014).

J. Russo & R.O. Russo, In Dubio pro Natura: *Un Principio de Precaución y Prevención a Favor de los Recursos Naturales*, 5(1) Tierra Tropical 73, 75 (2009).

Sofia Suárez, *Defendiendo la naturaleza: Retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza Caso río Vilcabamba*, Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Energía y Clima (Aug. 2013).

David A. Wirth, *The Rio Declaration on Environment and Development: Two Steps Forward and One Back, or Vice Versa?*, 29 Ga. L. Rev. 599, 634 (1995).

### Constituciones, Normas, y documentos internacionales.

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Lei da Ação Civil Pública, No. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Brazil).

Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 1998 (Costa Rica).

Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley No. 71, de 21 de diciembre de 2010 (Bolivia).

Ley Marco de Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, Ley No. 300, de 15 de octubre de 2012 (Bolivia).

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Principio 15, A/CONF.151/26 (Vol. I) (1992). World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission), *Our Common Future* (1987).

### Casos:

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 5893, de 27.10.1995.

Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, Sentencia No. 11121-2011-0010, de 30.03.2011 (Ecuador).

Superior Tribunal de Justiça (Brazil), REsp 1.145.083/MG, DJe 04.09.2012 (2a Turma, Rel. Min. Herman Benjamin).

Superior Tribunal de Justiça (Brazil), REsp 1.367.923/RJ, DJe 06.09.13 (2a Turma, Rel. Min. Humberto Martins).

## 4.2. Los retos de aplicación del Derecho Ambiental: el caso de Ecuador y los derechos de la naturaleza.

María Amparo Albán



*Eficacia, aplicación, derecho ambiental, derechos de la naturaleza, legitimación procesal.*

*Es conocido a nivel regional que en el año 2008 Ecuador aprobó una nueva constitución política. En ella se introdujo una serie de nuevos derechos a favor del ambiente y normas de procedimiento que hasta entonces no habían tenido visibilidad en ningún régimen. Esto, que sin duda da cuenta de una evolución doctrinaria significativa, supone grandes desafíos de aplicación así como retos conceptuales a la hora de conciliar un régimen legal preexistente con las expectativas de implementación de estas nuevas garantías, en un entorno económico fuertemente orientado a la extracción de recursos naturales.*

*Es importante comprender la evolución del derecho ambiental en el Ecuador, de desentrañar las dificultades de su aplicación, para poder prever los caminos y estrategias que han de seguir la nueva institucionalidad jurídica para poder tener eficacia y aplicación coherente.*

*En este sentido, este artículo realiza un repaso sobre la infraestructura normativa propuesta -única a nivel interamericano-, así como su historia, tropiezos y dificultades, y avances significativos.*

*Es fácil caer pensar que en un sistema con tantas garantías a favor del ambiente cualquier causa a favor de los derechos de la naturaleza, tendría una prevalencia frente a derechos económicos o sociales. Sin embargo esto no ha probado ser así. El propio andamiaje constitucional establece de antemano un sistema de ponderación de derechos y solo el juez será llamado a resolver dicha prelación en caso de colisión, en función de la aplicación de los principios constitucionales, y de los derechos entre los cuales se encuentra el derecho al desarrollo.*

### 1. Orígenes del derecho ambiental en el Ecuador

La consolidación del derecho ambiental en el Ecuador ha atravesado varias etapas. Estas no siempre han mostrado curso lineal o progresivo sin contratiempos. Sin embargo, se puede afirmar que el Ecuador del 2015 es un país que presenta interesantes avances a nivel conceptual, aunque atraviesa por retos complejos pero interesantes en materia de aplicación, lo cual convierte al escenario jurídico ambiental ecuatoriano en un escenario propicio para el análisis, jurídico, institucional y político de los factores que inciden en la implementación y el desarrollo del Derecho Ambiental.

El país no inició sus experiencias de regulación sobre protección ambiental tempranamente, sin embargo se puede ver que ya a principios del siglo veinte (el 14 de Mayo de 1936), se toma conciencia de la necesidad de salvaguardar ciertas áreas, y se expide la declaratoria del Parque Nacional Galápagos, declarando al Archipiélago de Galápagos como área emblemática de protección. A esa declaratoria le siguieron varias en diversas regiones del país, las cuales contenían una elevada intencionalidad política, pero que no pudieron convertirse en normas obligatorias con mecanismos claros de cumplimiento estricto y resguardo, hasta finales del siglo veinte, e incluso ya entrado el siglo veintiuno.

Si bien las tareas de conservación y preservación ambiental del territorio fueron reconocidas previamente declarando parques naturales, por otra parte, en materia de prevención de la contaminación no es sino hasta 1976, con la llamada Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental que se introduce un marco regulatorio.<sup>482</sup> Y un marco normativo sobre conservación de recursos forestales y vida silvestre

propiamente dicho solo llegaría hasta 1987 con la expedición de la Ley Forestal, de áreas naturales y vida Silvestre, la cual regentada por el Ministerio de Agricultura tenía también relación con actividades productivas forestales aunque establecía categorías de manejo ambiental.<sup>483</sup>

Estas normas fueron sin duda el inicio de la tarea regulatoria que aún no culmina, en la cual la Declaración de Estocolmo '74 y la Declaración de Río '92 marcaron diferentes puntos de partida. (Albán et al, 2011)<sup>484</sup>

Sin embargo estas dos leyes mencionadas, tenían en común la falta de un régimen sancionatorio claro en materia ambiental pues la primera hacía referencia más a actividades forestales, competencia del Ministerio de Agricultura, y en segundo, tenía como interés evitar la contaminación desde la perspectiva de la salud pública, y era regentado por el Ministerio de Salud. El enfoque de prevención primaba en las normas.

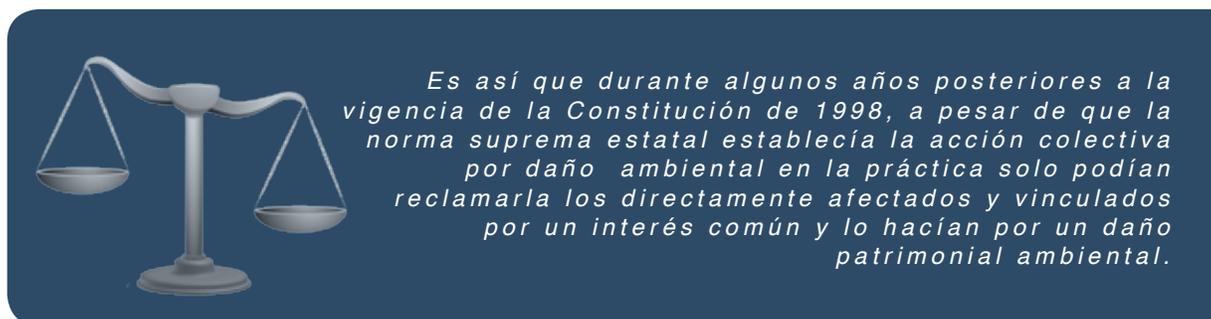
## 2. La Constitución de 1998 y la Ley de Gestión Ambiental

No es sino hasta la Cumbre de Río 1992 y el visible efecto regulatorio que produce en la región un sinnúmero de iniciativas de la cooperación ambiental internacional, que comienzan a desarrollarse diversas políticas y normas ambientales que al tiempo de iniciar la implementar de los acuerdos internacionales recientemente firmados<sup>485</sup>, pretende fortalecer los marcos institucionales nacionales, que toman fuerza con la creación en varios países de un ministerio del ambiente.

Una tímida arquitectura institucional que se ensaya en 1993 con la Creación de una comisión asesora ambiental adscrita a la Presidencia de la República<sup>486</sup>, pero que se consolida a finales de 1996 con la creación en Ecuador del Ministerio del Ambiente.<sup>487</sup> Este emprende el reto de promulgar varias políticas ambientales y normas, entre ellas la ley marco ambiental en el país, denominada Ley de Gestión Ambiental y publicada en 1999.<sup>488</sup>

A pesar de que las normas contenidas en la Ley de Gestión Ambiental brindan un marco general sobre las tareas de cumplimiento ambiental, ésta no resuelve adecuadamente el tema de la legitimación procesal, estableciendo una legitimación cerrada o incompleta, es decir la posibilidad de demandar daño ambiental, solo a los directamente afectados por una acción dañosa sobre el ambiente y vinculados por un interés común.<sup>489</sup>

La norma confunde la acción de daño ambiental con la acción de daños y perjuicios, determinando que las acciones de daño ambiental pudieran tener curso cuando se trataba de reparación patrimonial por daños incurridos sobre el ambiente. Es decir, no se crea una acción por daño ambiental propiamente dicha, si no mas bien se extrapola del derecho civil la acción de daños y perjuicios, creando una acción civil ambiental.



483 Decreto Ejecutivo N° 2804 de abril 8 de 1987

484 Albán, MA., Barragán, D. Bedón, R., Crespo, R. Echeverría, H. Hidalgo. Ma. Muñoz, G. y Suárez S. "Ecuador Ambiental, un recorrido propositivo" CEDA, Mayo 2011 Quito –Ecuador.

485 Ecuador ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, según consta en los Registros Oficiales No. 109 del 18 de enero de 1993 y el 146 del 16 de marzo de 1993. Y ratificó en Convenio Marco sobre Cambio Climático, en Registro Oficial 562 del 7 de noviembre de 1994.

486 Decreto Ejecutivo 1107, Registro Oficial 283 del 24 de Septiembre de 1993.

487 Publicado en el Registro Oficial No. 40 del 4 de Octubre de 1996.

488 Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.

489 Art. 43 Ley de Gestión Ambiental: " Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el juez competente, acciones por daos y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos."

Esto resulta particularmente paradójico, debido a que un año atrás, en 1998 se aprobaba en Ecuador una nueva Constitución Política en la cual la influencia conceptual y de lenguaje de la Cumbre de Río 1992 y toda la doctrina de desarrollo sostenible, se había evidenciado de forma directa en una sección específica sobre el ambiente, que inclusive contenía la materialización del derecho colectivo al ambiente sano y ecológicamente equilibrado.<sup>490</sup>

Es así que durante algunos años posteriores a la vigencia de la Constitución de 1998, a pesar de que la norma suprema estatal establecía la acción colectiva por daño ambiental en la práctica solo podían reclamarla los directamente afectados y viculados por un interés común y lo hacían por un daño patrimonial ambiental. A su vez esto no solo limitó las causas y a sus posibles promotores, sino que dio paso a demandas exclusivamente resarcitorias particularmente en la industria hidrocarburífera donde el derecho de paso o vía de oleoductos causaba frecuentemente afectaciones a los dueños de los predios, pero donde muchas veces no se perseguía la reparación ambiental, sino la indemnización o el pago de daños y perjuicios “ambientales”.

Esto se evidenció en el caso *Leonardo Cabezas Miranda vs. Alberta Energy LTD.*, caso en el cual el actor alegó la destrucción de su propiedad “causándole daños materiales a la misma y daño ambiental y ecológico a su terreno”. Sin embargo la Segunda Sala de la ex Corte Suprema de Justicia, resolvió que “ya que se ha comprobado debidamente y consta en autos, el daño ambiental real ocasionado al actor por parte de la demandada por contravenir expresas normas constitucionales”. Este sentencia deja de manifiesto la confusión de la Corte, ya que no distingue entre daño ambiental per se y daño civil ambiental, si no que ordena el pago de los daños y perjuicios por daño ambiental demandados por una persona particular, mas no para restaurar o resarcir a la naturaleza del daño causado.<sup>491</sup>

BEDÓN GARZÓN analiza en este mismo sentido la sentencia del caso *Marcelo Franco Benalcázar vs. Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A.*<sup>492</sup> manifestando que “Este proceso fue planteado por los actores por afectaciones a sus propiedades con la construcción del oleoducto de crudos pesados. En la sentencia se resuelve respecto al tema ambiental lo siguiente: “Se ha alegado como una de las excepciones en este proceso la falta de derecho de los actores para pretender resarcimiento por daños ambientales; al respecto tiene que insistirse en que este no es un proceso ambiental, de allí que nunca se tramitó de esta forma y menos en la vía verbal sumaria establecida en el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental ni ante el Presidente de la entonces Corte Superior como lo contempla el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental últimamente citada. Tampoco la parte actora pretende el resarcimiento de daños y perjuicios por afectación de bienes ambientales, sino lo que serían supuestas disminuciones en su patrimonio producidas por la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados dentro de su propiedad, todo lo cual demuestra que estamos frente a una pretensión civil y no ambiental...” Este análisis es importante por el Juez que resuelve esta causa, ya que realiza una distinción entre acciones civiles y ambientales, estableciendo que las primeras deben ser conocidas en juicio ordinario por un Juez de lo Civil y las ambientales si en vía verbal sumaria ante el Presidente de la Corte Provincial donde se produjo la afectación.” (Bedón Garzón, 2011)

Numerosos tratadistas han destacado de forma precisa la diferente naturaleza de los dos daños en cuestión. BIBILONI, señala que daños a través del ambiente “son aquellos que por un impacto ambiental luego derivan en daños a personas o a bienes individuales” (Bibiloni, 2005).

Asimismo, CONDE ANTEQUERA explica: “Será un daño ambiental aquel que se causa a bienes, elementos o recursos integrantes del medio ambiente como bien jurídico colectivo, que carecen de un titular específico. Y (...) aquellos que se producen sobre bienes patrimoniales de un particular, que, forman parte del medio ambiente por su naturaleza y por la función que desempeñan y que no dejan de ser bienes ambientales o recursos naturales por el mero hecho de que su titularidad corresponda a un particular” (Antequera, 2004).

Sin embargo es LORENZETTI quien hace una minuciosa interpretación de los tipos de acciones que conlleva estas distintas lesiones, manifestando en primer lugar que en la lesión lesiva al ambiente “es afectado el bien colectivo y pueden accionar los legitimados extraordinarios (...) que son titulares de intereses difusos, colectivos o públicos, pero no son dueños del bien” y de ahí que pueden darse dos situaciones: “la acción lesiva de derechos individuales : como consecuencia de la afectación del bien colectivo pueden producirse efectos sobre la vida, la salud o el patrimonio de las personas”.

---

492

Sentencia dictada el 26 de enero de 2010 por el Juez Vigésimo Segundo de lo Civil de Pichincha

Así, éste autor, continúa que en este caso pueden accionar sus titulares en el caso de lesión de derechos individuales con efectos sobre el ambiente manifestando que “en este caso se recorre el camino inverso al anterior. Desde las restricciones al disfrute de la propiedad, se puede llegar hasta el *public nuisance*, que es una especie de delito que obstruye y causa daño al público o una clase o un grupo de personas en el ejercicio de sus derechos”. Finalmente manifiesta que cuando se actúa en defensa del bien colectivo, cabe tener en cuenta a la prevención cuyo objetivo es detener la amenaza del daño, la recomposición que implica que ya hay un daño y se vuelvan las cosas al estado anterior, y la reparación que supone que ya hay un daño, que las cosas no se pueden volver al estado anterior y procede una indemnización dineraria. (Lorenzetti, 2011)

Estas visiones diferenciadoras estuvieron ausentes por largo tiempo de la mente del juez ecuatoriano confundiendo los dos tipos de daños. Adicionalmente, en el plano administrativo, el mandato que había recibido el Estado en la Constitución de 1998 tampoco se cumplió. Además de lo que establecía su artículo 86, el artículo 87 especificaba que la ley tipificaría las infracciones y determinaría los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales por acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente<sup>493</sup>; las acciones por daño ambiental no tuvieron vía inmediatamente.

Esto sucedió por que a nivel administrativo no es sino hasta el 2003<sup>494</sup> que se ponía en vigencia la norma ambiental secundaria que comprendía todos los reglamentos ambientales, los cuales pusieron en vigencia los límites permisibles de contaminación ambiental y un régimen sancionatorio que en la práctica para la mayoría de regulados se hizo efectivo recién años más tarde, cuando venció un periodo de gracia de cuatro años, con lo cual pasaron casi diez años desde la disposición constitucional hasta que se pusiera en vigencia un régimen sancionatorio ambiental.

Por otra parte las acciones penales se establecieron a través de la reforma penal del año dos mil que introdujo algunos tipos penales abiertos, pero funcionaron de manera restringida aunque obteniendo ciertas sentencias favorables al ambiente<sup>495</sup>.

Es así que pasaron casi diez años desde la vigencia de una constitución reciente que introdujo el derecho de la población de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y sin embargo de lo cual la aplicación eficaz no fue posible gracias a factores estructurales que vale la pena revisar:

### 2.1. La tardía transición del marco político al jurídico.

La génesis particular del Derecho Ambiental en el Ecuador, da cuenta de momentos normativos muy ligados a los compromisos internacionales que el país adquiere. Se puede notar el precario inicio a partir de la Cumbre de Estocolmo 1972 con la primera norma sobre contaminación en 1996 que se menciona, y a continuación un segundo momento tras la Cumbre de Río en 1992, con abundantes políticas y normativas. Esto tiene que ver también con la disposición de recursos financieros de cooperación para implementar marcos políticos nacionales y regionales en aras de la armonización legislativa que dichos acuerdos internacionales pretendían.

Es así, como varios lo reconocieron en su momento, “la importancia de la adopción de una legislación ambiental adecuada es hoy generalmente reconocida y ha trascendido a los propios organismos internacionales, que recomiendan la prestación de asistencia técnica a los países en desarrollo para potenciar este tipo de legislación.”(Martín Mateo, 1991)

El hecho de que las políticas nacionales y las normas que los aplicaban nacieran del imperativo político internacional más que de la necesidad y reflexión jurídica nacional, contribuyó para que estas iniciativas apuntaran a cumplir con un “check list” normativo, invocando rápidamente materias de las ciencias biológicas o químicas que no habían tenido visibilidad y difusión para escalar a las agendas públicas nacionales hasta ese entonces, pero que eran empujadas a la agenda pública de la mano de importantes convenios de cooperación que inclusive implicaban la contratación de deuda pública<sup>496</sup>.

493 Ibid, Art. 87

494 Registro oficial 2 del 31 de marzo del 2003.

495 Se pueden contar hasta la época varios procesos penales sancionados bajo el régimen constitucional anterior, en materia de tráfico de vida silvestre fundamentalmente, pero también existen casos sobre cacería ilegal, tala de bosques, contaminación de ríos entre otros.

496 Véase el Decreto Ejecutivo 4023 publicado en el Registro Oficial 998 del 29 de Julio de 1996, en el cual se autoriza al Ministerio de Finanzas contratar un préstamo de USD 15 millones con el BIRF con un plazo de 9 años con 3 de gracia para el proyecto de asistencia técnica para el manejo del medio ambiente PATRA, cuyo organismo ejecutor era la Comisión Asesora Ambiental CAAM.

No fueron entonces, procesos endémicos que obedecieran a necesidades amplia y socialmente reconocidas cuya implementación era demandada en un momento de madurez institucional. Por el contrario, estos partieron de la necesidad de ir a la par de los compromisos internacionales y de crear los marcos políticos necesarios, en los cuales primó el carácter preventivo del Derecho Ambiental lo cual provocó que los lenguajes y formulaciones fueran altamente retóricos, mas conexos con el derecho internacional que con medias de comando y control y en donde no se vislumbraron rápidamente mecanismos de implementación ni se trazaron estrategias de apoyo a los operadores de justicia y a la instituciones encargadas de su aplicación. En resumen, el país recibió abundante cooperación para la formulación de los marcos políticos que pusieran en marcha procesos de implementación de los acuerdos internacionales recientemente firmados, pero no que alcanzó para fortalecer a los operadores de dicha implementación.

## 2.2. Escasa praxis litigiosa ambiental

Una de las características del derecho ambiental ecuatoriano, es su escasa judicialización. El énfasis preventivo de las primeras normas ambientales impregnó un ambiente de optimismo y relajación, pero sobretudo de distanciamiento con los resultados de la aplicación en concreto de las normas de preservación de la naturaleza. Como se menciona arriba, los marcos nacionales heredaron de las normas internacionales el derecho blando y las normas de prevención, ya que estas convenciones y declaraciones habían legado compromisos políticos y no obligaciones jurídicas concretas y exigibles. En ese contexto los mecanismos para hacerlos cumplir no estaban claros para el país neófito en la materia, y puesto que la formulación normativa que regulaba conductas y que establecían parámetros de máximos permisibles no existía, el país demoró en generar procesos de cumplimiento ambiental a través de procesos civiles, administrativos y constitucionales.

Por varios años la única referencia al respecto era la acción por daño ambiental de la Ley de Gestión Ambiental comentado arriba, la cual debido a su limitada legitimación inhibió algunas iniciativas. Sin embargo el peso mayor lo tuvo la cultura y tradición jurídica ecuatoriana en materia ambiental, que ha demostrado que no es proclive a ventilar sus disputas a través de procesos judiciales.

A la falta de praxis y legitimación para actuar se sumó la desconfianza en el sistema y a ésta, la escasa formación de los operadores de justicia quienes al no conocer en detalle la doctrina ni tener parámetros de cumplimiento claros, se inhibían frecuentemente de conocer causas ambientales o no daban curso a las demandas propiamente ambientales.

En el periodo de aproximadamente diez años comprendidos entre la anterior constitución (1998) y la vigente (2008), no se registraron un número significativo de fallos ambientales. Tan solo un fallo de Corte Suprema se registra en ese periodo<sup>497</sup> y algunos casos civiles ya comentados, así como algunos amparos constitucionales planteados sobre temas ambientales, algunos de estos denegando el amparo solicitado<sup>498</sup>. Sin embargo a criterio de algunos, el periodo no fue del todo infructífero ya que en estas acciones de amparo si se dio paso a la legitimación procesal abierta a nivel constitucional.

Es así como PEREZ CAMACHO, manifiesta que se “restringía la legitimación a “las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa...”, lo que claramente no incluye a “cualquier persona” o “grupo humano”. Pero, en las Acciones de Amparo, introducidas en la Constitución 1998, el Tribunal Constitucional admitió sin limitaciones las demandas presentadas por *cualquier persona*, en temas ambientales, por su carácter de derechos *difusos*, sin necesidad de demostrar interés o vinculación alguna.” (Pérez Camacho)

Finalmente, la falta de litigio ambiental tuvo como consecuencia la falta de desarrollo jurisprudencial, lo cual poco invitó al desarrollo de la doctrina jurídica, en una materia que lo que más reclamaba eran claridades. Si las leyes se prueban ante las cortes, la ausencia de este paso fundamental, solo arrojó un derecho inmaduro y gestacional que no ha terminado de definirse.

---

497 Ver el fallo del Caso Delfina Torres en Gaceta Judicial 10 del 29 de Octubre del 2002.

498 Existen varios que se pueden mencionar, entre ellos varios en materia hidrocarburífera, en los cuales se deniega el amparo solicitado.

### 2.3. Incomprensión del ejercicio de la tutela del derecho colectivo al ambiente sano

Esta falta de comprensión no solo vino de la mano de los operadores de justicia en Ecuador, si no que también era común entre las instituciones nacionales cuyas materias se relacionaban con el ambiente. Los temas forestales que por largo tiempo fueron competencias del Ministerio de Agricultura y dejaron al Ministerio del Ambiente, un legado de técnicos forestales -formados para el aprovechamiento forestal-, a cargo de la implementación del Convenio sobre Diversidad Biológica, los cuales con una visión productiva regulaban el recurso forestal desde el aprovechamiento y a quienes en algunos casos les costaba visualizar la intangibilidad de áreas forestales y la titularidad colectiva sobre las áreas de protección ambiental denominadas áreas naturales protegidas.<sup>499</sup>

Es así que el enfoque regulador en los temas de biodiversidad y recursos forestales se enfocó más al cumplimiento de permisos y trámites administrativos sobre corte y tala, más que en la promoción de acciones legales que frenen la deforestación y el deterioro de áreas protegidas o bosques protectores.

Por otro lado los “temas verdes” que captaban la atención de la cooperación internacional para la definición de estrategias y políticas de conservación, desplazaron por largo tiempo a los “temas marrones” que se ocupaban de la contaminación ambiental, lo que determinó que visiones reguladoras blandas de normas antiguas como la Ley de Control y Prevención de la Contaminación Ambiental de 1976 rigieran hasta entrada el siglo 21, lo cual sumado a la falta de límites permisibles no permitió la aplicación efectiva del derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

### 2.4. Deficiente ajuste normativo

Si las leyes no se ciñen a los principios o normas constitucionales estableciendo las herramientas regulatorias adecuadas a la implementación de los derechos tutelados a través de norma constitucional, por más que se invoque la supremacía constitucional, estas normas terminan volviéndose ineficaces y los mandatos inejecutables.

La falta de legitimación procesal, y la ausencia de normas reglamentarias que establecieran con claridad, las conductas y su debida sanción, determinan una falta de adecuación e implementación de medidas de comando y control. Sumado esto a la escasa relevancia política, en una época que el país sufría crisis institucionales que terminaban con grandes marchas y nuevas elecciones, produjeron una falta sistemática de aplicación del derecho ambiental, que hasta ese momento se creía, daba cuenta de grandes logros normativos, en papel.

El cumplimiento de la ley ambiental no alcanzó un periodo de madurez en ese periodo, se requería como menciona LORENZETTI “que los sujetos cumplan las normas en forma habitual, espontánea, sin necesidad de llegar a la sanción. Ello exige regular las instituciones para que los incentivos sean apropiados para generar externalidades positivas para el ambiente que favorezcan el cumplimiento voluntario. Es necesario valerse de programas de cumplimiento de las leyes, que incluyan estándares, guías de conducta de valor ético, campañas educativas, normas de calidad ambiental.” (Lorenzetti, 2011). La voluntad política y la capacidad institucional estuvieron ausentes por largo periodo.

---

499 Véase la creación del Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y de Vida Silvestre, INEFAN, meses después de la cumbre de Río 92, el 16 de septiembre de 1992 y posteriormente su fusión con el Ministerio del Ambiente el 28 de enero de 1999. Decreto Ejecutivo 505, Registro Oficial 118

### 3. La ineficacia normativa

La aproximación al periodo posterior a la Constitución de 1998 en Ecuador, sirve para ejemplificar el llamado Derecho Ineficaz. Mientras las normas se hallaban en buen número ya promulgadas, los ecosistemas y las distintas especies animales, continuaban sufriendo depredación. Las ciudades y el campo, veían lentamente deteriorar su calidad de vida y miraban apacibles como los ríos se enfermaban y los suelos se contaminaban asumiendo el costo inexorable del desarrollo. La sociedad civil organizada aun no vislumbraba estrategias jurídicas para demandar mayores niveles de implementación.

Está claro en palabras de algunos tratadistas que, “la protección del medio no se logra solo con el dictado de una ley. En este tema, como en otros se observa el distingo entre la norma vigente y norma eficaz, entre la mera existencia de un precepto y su aplicación. Por diferentes razones, que pasan por la cultura, la educación, la falta de ‘agarre’ (*social grasp*) o penetración, la eficacia de las reglas tuitivas es mínima.” (Mosset, Hutchinson, Donna, 2011)

La seductora dogmática del desarrollo sostenible, tuvo por largo periodo de tiempo a la sociedad, desentrañando sus conceptos, ensayando interdisciplinas y matizando sus componentes sociales, ambientales y económicos, hasta que el ajuste político institucional tome ritmo con normas que señalen vías de cumplimiento efectivo. El derecho administrativo en materia ambiental estuvo ausente mucho tiempo, pues comienza su desarrollo propiamente dicho, recién a partir del 2003.

Es interesante la reflexión de PIGRETTI, al respecto cuando afirma: “Es muy sabido, para los especialistas del derecho que en muchas oportunidades la legislación consigue mejores resultados, al ser pensada como un conjunto de normas preventivas, que establece pautas y procedimientos, mas que como un precepto puramente represivo. En la pura represión es frecuente que una vez violada, aunque en pequeñísima medida, una normas, a reiteración del incumplimiento pasa a ser la norma, con grave demérito para el derecho.” (Pigretti, 2000)

Esto se evidenció en el caso ecuatoriano. Las disposiciones de protección ambiental de la Constitución de 1998 no pudieron contribuir a la eficacia del derecho ambiental, no obstante entre 1998 y 2008 vivimos un fructífero periodo en la elaboración y promulgación de políticas y normas ambientales.

### 4. Eferescencia social y una nueva carta política

Tras años de inestabilidad política el país vota en 2006 una propuesta presidencial que proponía una asamblea constituyente, la cual llega al poder e instala una Asamblea Constituyente. Tras meses de trabajo, el producto entregado en 2008 para referéndum aprobatorio, traspasó las barreras jurídicas convencionales, no solo en técnica constitucional, sino en contenido y forma. Pero su característica más notable, no es solo su abundante texto y aire reglamentario, sobretodo resalta, su visión paradigmática.

La constitución del 2008, abundante en normas ambientales, establece formas y conceptos sociales nuevos. Como afirman algunos tratadistas luego de la fase “retórica” y la “analítica” del derecho ambiental estamos entrando a una fase “paradigmática” ya que lo que esta cambiando es el modo de ver de los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura. Así no solo estamos al frente de una nueva disciplina, como se pensaba en las etapas anteriores, ya el reto en este caso es mucho mayor, estamos atendiendo a “una cuestión que incide en la etapa de planteamiento de las hipótesis, y es fundamente una mudanza epistemológica” (Lorenzetti, 2011)

Esta mudanza epistemológica a la que hace referencia LORENZETTI, se hace evidente al mirar las distintas discusiones, talleres, y seminarios que tuvieron lugar en Ecuador durante la instalación de las diferentes mesas de discusión temática durante la Asamblea Constituyente del 2007, donde en casi todas las mesas se podía apreciar un número importante de sociólogos, antropólogos, biólogos, cientistas políticos, entre otros, y abogados en menor número.<sup>500</sup> Se pensó, así que para lograr un cambio de paradigmas se tenía

---

500 La Mesa 5 de la Asamblea Constituyente instalada en Montecristi, Manabi, fue la encargada de discutir y redactar los diversos artículos relacionados con el ambiente, la cual durante los primeros meses recibía a expertos, escuchaba charlas, y recibía en comisión general distingos grupos ciudadanos que querían elevar su voz y ser escuchadas sus propuestas.

que partir de un enfoque distinto al tradicional, alimentando las discusiones jurídicas con evidencias de las ciencias políticas, sociales y biológicas, más que de las ciencias jurídicas como tales.

Cualquiera que haya sido la metodología utilizada, el resultado fue un diseño estatal basado en un paradigma llamado “Buen Vivir” o *Sumak Kawsay* en la lengua vernácula. Un estado de bienestar que recoge la cosmovisión indígena de armonía con la “madre tierra” en donde no solo se amplían sustancialmente las garantías estatales a nivel personal y colectivo, si no que además se ensayan nuevos derechos. Entre estos los derechos de la naturaleza.

#### 4.1 Los derechos de la Naturaleza en la Constitución del 2008.

Esta sola inclusión constitucional provocó y sigue provocando toda suerte de comentarios, análisis y elaboraciones sobre sus bondades, aciertos o pretensiones llevando el análisis incluso mucho más allá de lo que los legisladores constituyentes se pensaron al incluirlos. Y está claro que su enunciación es solo el preámbulo pues resta la tarea más importante, la tarea de desentrañar su verdadero alcance y significado. Como comentan algunos estudiosos ecuatorianos, como NARVAÉZ, “las disposiciones constitucionales ambientales, no obstante su desarrollo conceptual y práctico requieren de mayor profundización con base en el debate iniciado por la Asamblea Constituyente de Montecristi y en el Derecho Internacional. (Narváez, 2012)

“La constitución ecuatoriana ha tenido una amplia difusión a nivel internacional debido a su particular tratamiento de los derechos ambientales; ya no se trata simplemente de establecer una serie de principios fundamentales que se encaminan a la protección del patrimonio ecológico como garantes de la supervivencia de la comunidad humana, con un claro enfoque antropocéntrico lugar común en varios ordenamientos fundamentales del mundo; la constitución ecuatoriana apunta a una gestión ambiental integradora con un fin específico de protección a los ecosistemas naturales, conservación de las especies en peligro, y prevención de la contaminación dentro del marco de la justicia ambiental y la participación ciudadana. El *ethos* naturalista, llega hasta el punto de declarar a la naturaleza como sujeto con derechos y legitimidad procesal” (Molina Roa, 2014)

Pero más allá de los análisis sobre la mutación del derecho ecuatoriano desde el antropocentrismo hacia el ecocentrismo o biocentrismo incluso, está claro que los derechos de la naturaleza irrumpen en un sistema jurídico que no estaba preparado para recibirlos. El derecho civil de Bello<sup>501</sup>, aun no explica la excepción singular que se decanta en esta extraña relación jurídica en la cual la naturaleza pasa a la vez, a ser objeto y sujeto del derecho. Sin embargo los análisis de sus detractores, éstos no logran apagar el entusiasmo que desató en movimientos sociales, ONG y varios sectores académicos.

#### 4.2 La aplicación de los derechos de la naturaleza

Sin duda el anuncio de una constitución garantista que no solo reconociera el derecho colectivo al ambiente, sino que además contuviera más de quince artículos sobre el ambiente, era más que esperanzador y daba a pensar que todo ese cambio de visiones y paradigmas, sumado al ejercicio de una tutela estatal decidida y valiente, era lo que faltaba para arrancar sin remedio ni demora un sistema dirigido al estricto cumplimiento de las normas ambientales y a un enfático respeto a la naturaleza.

Es así que entre todas las innovaciones jurídicas que se incluyen en esta Constitución, llama de largo la atención la inclusión de los derechos de la naturaleza por su audacia, causando un remezón significativo en el convencional sistema jurídico ecuatoriano, y abriendo un compás de expectativa sobre la forma en que se implementaría y su alcance frente a otros derechos.

Muchos rápidamente se anticiparon a decir que el derecho a la naturaleza venía a reforzar al derecho humano y colectivo a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que invocaba la anterior constitución del 98 y que lo recoge nuevamente la Constitución del 2008<sup>502</sup>, el cual en mi criterio no se probó y defendió lo suficiente como para ser dado por insuficiente.

---

501 Andres Bello, filósofo, traductor, filólogo, educador, político, diplomático, y jurista venezolano de la época pre republicana. Considerado como uno de los humanistas más importantes de América, principal impulsor y redactor del Código Civil, una de las obras jurídicas americanas más novedosas e influyentes de del siglo 19 que perdura hasta la actualidad.

501 Art. 14 Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Constitución Ecuatoriana del 2008.

Sin embargo, el derecho de la naturaleza no es un derecho ambiental “per se”, se establece además como una prueba evolutiva para la sociedad contemporánea y un meta derecho como Amartya Sen ha descrito a los meta derechos. Como lo explica ARANGO, “el concepto de meta-derecho, trae la novedad de articular el contenido de cada derecho social con la posibilidad de exigir la realización progresiva del mismo por medio de políticas públicas, Sen tiene en cuenta el contexto de los países subdesarrollados en donde las condiciones materiales hacen imposible la garantía inmediata de los derechos sociales. Para Sen la categoría de los meta-derechos hace referencia al derecho que tienen los ciudadanos a tener una política pública clara sobre el derecho que el Estado se ha comprometido a realizar”. No se trata de un derecho a X, sino de un derecho a tener políticas públicas que garanticen X.” (Arango, 2014)

Es por esto que el ejercicio de los derechos de la naturaleza no se agota en un acto jurídico de protección específica de carácter singular, su prueba mayor radicará en su oponibilidad a las políticas públicas que atenten contra la naturaleza a lo largo del tiempo.

Sin embargo, lo verdaderamente significativo para el escenario jurídico más allá del simbolismo posmaterialista y la retórica que ha suscitado, son específicamente los tres componentes en los cuales este derecho se desdobra: el derecho a que (i) respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, (ii) el derecho a la restauración, independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados, y (iii) la aplicación de la de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.<sup>503</sup>

Estos tres componentes de los derechos de la naturaleza, guían de forma efectiva la tutela del estado sobre la naturaleza por la naturaleza, al tiempo que genera una herramienta de efectivización del cumplimiento del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Sin embargo la “prueba de vida” de los derechos de la naturaleza no vendrán de sentencias comunes a la defensa de los derechos ambientales, las mismas que pueden obtenerse con la invocación del derecho colectivo al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ya que no esta en su objeto disputar, ni competir, ni agregar a él.

La prueba de su vigencia sistémica provendrá de las decisiones en las cuales el Estado aplicando un derecho maduro, con instituciones reguladoras sólidas, oriente sus decisiones públicas al respeto integral de su existencia, a su mantenimiento y regeneración de ciclos vitales, funciones y procesos evolutivos, y garantice su restauración. Es decir la plena vigencia de los derechos de la naturaleza se dará, cuando se haya sometido la voluntad política e institucional a un derecho fundamentalmente intergeneracional.

Hasta ahora la invocación de los derechos de la naturaleza ha servido principalmente para engrosar la lista de los considerandos de las resoluciones administrativas que conceden permisos y autorizaciones ambientales o que sirven de preámbulo a la promulgación de cualquier acto administrativo o regulación ambiental, y su aplicación en sentencias aun es limitada, aunque vale la pena comentar un par de fallos, entre ellos la primera sentencia dictada en el 2011 explicando el esquemático y didáctico análisis de MELO, donde se puede claramente observar los elementos constitutivos de este fallo. (Melo, 2011)

#### **4.2.1. Frederick Wheeler vs. Consejo Provincial de la Provincia de Loja.**

Este fallo tiene lugar en la Corte Provincial de Loja, en marzo del 2011, cuando en segunda y definitiva instancia se resuelve la Acción de Protección, interpuesta por Richard Frederick Wheeler y Eleanor Geer Huddle, a favor de la Naturaleza, particularmente a favor del río Vilcabamba y en contra del Gobierno Provincial de Loja.<sup>504</sup>

Este par de ciudadanos extranjeros invocaron los derechos de la naturaleza contenidos en la constitución del 2008, en el Artículo 71 que dice que « toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir

---

503 Artículos 71, 72 y 73 de la Constitución Ecuatoriana del 2008.

504 Sentencia, Corte Provincial de Loja. Sala Penal. 31 de marzo de 2011.

a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza ». Esta acción se interpone por una ampliación vial realizada sin los permisos y estudios ambientales correspondientes que además arrojaba los escombros al río Vilcabamba ocasionando su afectación ambiental.

Los jueces resuelven la acción constitucional en base al siguiente razonamiento:

#### **4.2.1.1 La acción de protección, única vía idónea para la tutela de los derechos de la Naturaleza**

Es así como Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, en su Artículo. 40.3, establece como un requisito la interposición de una Acción de Protección, cuando no exista ya otro mecanismo de defensa judicial que sea adecuado y eficaz para proteger el derecho lesionado. La sala resuelve que « Dada la indiscutible, elemental e irrenunciable importancia que tiene la Naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado ».

#### **4.2.1.2. Aplicación del Principio de Precaución**

En la sentencia se hace una aplicación coherente del Principio de Precaución del Artículo 73 de la Constitución para el ámbito de los derechos de la Naturaleza el cual como se mencionó anteriormente manda al Estado a que aplique medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales al tenor de lo que dispone el Artículo 396 de la Constitución sobre impactos ambientales.

#### **4.2.1.3. Daños a la Naturaleza son daños generacionales**

La corte introduce el criterio de intergeneracionalidad al evidenciar que el daño a los derechos de la Naturaleza con de tal magnitud que sus efectos negativos repercuten a futuras generaciones. Es así que destaca que « La importancia de la Naturaleza es tan evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños causados a ella son « daños generacionales », que consiste en « aquellos que por su magnitud repercuten no solo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras »

#### **4.2.1.4. Inversión de la carga de la prueba**

Este es quizás uno de los temas más llamativos del fallo, el reconocer la vigencia de la disposición constitucional que dispone la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental, contenido en el Artículo 397.1 de la Constitución. « Los accionantes no debían probar los perjuicios sino que el Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente. Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrimado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no solo quien está en mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene tan irónicamente que tal daño no existe.»

#### **4.2.1.5. Colisión entre derechos**

Uno de los temas que más expectativa había causado respecto al derecho de la naturaleza era precisamente el cómo se resolvería el caso de una aparente colisión de derechos, debido a que de acuerdo a la propia constitución todos los derechos gozan de la misma categoría jurídica. Sin embargo los jueces de la Corte Provincial de Loja asumieron la posición de que la colisión eran tan solo aparente y por el contrario, los derechos de la Naturaleza son concurrentes con derechos humanos fundamentales como el derecho a la salud, a la vida digna y a vivir en un medio ambiente sano.<sup>505</sup>

---

505 « En cuanto al alegato del Gobierno Provincial, de que la población..., necesita carreteras, es de indicar que : En caso de conflicto entre dos intereses protegidos constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales... Pero en este caso no hay que ponderar porque no hay colisión de derechos constitucionales, ni sacrificio de uno de ellos, pues no se trata de que no se ensanche la carretera Vilcabamba-Quinara, sino que se la haga respetando los derechos constitucionales de la Naturaleza. » Sentencia, Corte Provincial de Loja. Sala Penal. 31 de marzo de 2011.

#### 4.2.1.6. Medidas de Reparación

La Corte Provincial en su fallo, hace un llamado a que se respete el derecho de la naturaleza a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y ordena al Gobierno Provincial de Loja a que se someta y acoja todas las observaciones que ha realizado la Autoridad Ambiental Nacional, ya que en caso de no hacerlo suspendería la obra.

No se ordena en la sentencia medidas específicas de restauración integral del río Vilcabamba. Sin embargo estas medidas suelen solicitarse a través del Ministerio del Ambiente y su Programa de Reparación Ambiental y Social, PRAS.

Finalmente, llama la atención también la medida de satisfacción impuesta al ordenar que la entidad demandada pida disculpas públicas por iniciar una obra sin contar con el licenciamiento ambiental.

Este caso, el primero en abordar de forma directa la aplicación de derechos de la naturaleza, y dejó un elevado optimismo respecto no solo de la aplicación de este derecho, sino además de la aplicación de la precaución, de la intergeneracionalidad y de la resolución de la ponderación entre desarrollo y protección ambiental. Sin embargo al tratarse de una conducta ilícita, -el que la obra no contaba con licencia ambiental-, la resolución resulta casi evidente y deja aun pendiente la prueba de la ponderación entre una política de desarrollo frente a las medidas de protección ambiental.

#### 4.2.2. Medidas cautelares para la remediación ambiental del derrame de crudo de la compañía Oleoductos de Crudos Pesados OCP vs. Carlos Alberto Hanze Moreno.

Otra sentencia que merece ser comentada, es la relativa a las medidas cautelares solicitadas en el caso de la restauración del naturaleza, a propósito de un derrame de crudo producto de la ruptura de un oleoducto debido a deslizamientos de tierra. La compañía responsable demandaba la entrada a los predios para efectuar la restauración y reparación ambiental y uno de los dueños afectados se lo impedía. Los responsables de la empresa demandaron medidas cautelares para poder ingresar al predio.

Es así que el juez resuelve en el sentido de negar la revocatoria de las medidas cautelares donde “ya que se negado a permitir a realizar las actividades que permitan mitigar y remediar los impactos negativos derivados del evento de fuerza mayor KP 474, más aún ha impedido el acceso al estero Winchele y sus riberas, ubicado en este predio, lugar donde se ejecutan las tareas de remediación. (...) Con esta actitud adoptada por el accionado, amenaza con generar un daño ambiental debido a que las actividades de mitigación y remediación tendientes a eliminar los impactos negativos del evento, no pueden efectuarse adecuadamente, por ello se dictó medidas cautelares tendientes al cese de la negativa por parte del accionado. Los derechos constitucionales precautelados son el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado previsto por el artículo 14 de la constitución y el derecho de la naturaleza a la restauración previsto por el artículo 72 de la Constitución”.<sup>506</sup>

Es el primer caso en que una empresa causante de una afectación ambiental significativa demanda las facilidades para emprender las tareas de remediación y restauración amparados en el derecho colectivo a vivir en un ambiente sano, como en el derecho de la naturaleza a la restauración. Las medidas cautelares probaron ser un medio eficaz para el cometido.



*Sin embargo la “prueba de vida” de los derechos de la naturaleza no vendrán de sentencias comunes a la defensa de los derechos ambientales, las mismas que pueden obtenerse con la invocación del derecho colectivo al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ya que no está en su objeto disputar, ni competir, ni agregar a él..*

## 5. IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL CASO YASUNI -ITT

Es difícil dejar pasar la ocasión de comentar el caso de el proyecto Yasuni – ITT en el contexto de la aplicación de los derechos de la naturaleza. Primero por la notoriedad que el caso tiene a nivel internacional, pero sobre todo por que durante un tiempo se creyó que el camino para hacer exigible dicho derecho, quedaba fácilmente ilustrado en la invocación de estos derechos para el caso en particular.<sup>507</sup>

Sin embargo más de un año después de que el gobierno anunciara la procedencia del proyecto extractivo en el Parque Nacional Yasuní debido a la falta de compensación internacional para dejar el crudo bajo tierra, los diferentes grupos sociales que impulsan la alternativa de conservación no han definido aún la invocación de una acción de protección en un momento en que nuestra legislación no solo permite el solicitar una acción de protección<sup>508</sup> por violaciones de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial sino también en contra políticas públicas.<sup>509</sup>

Sin embargo de esto, la estrategia de los grupos de conservación se ha focalizado más en una estrategia política que consiste en la solicitud de una consulta popular que pregunte a la ciudadanía sobre la procedencia del proyecto de explotación en el parque nacional, en un caso de amplia difusión nacional.

Sobre el tema, a pesar de las negativas de calificación de la consulta en la entidad electoral nacional, el proyecto presidencial ya ha recibido la viabilidad jurídica de la Asamblea Nacional<sup>510</sup>, la misma que demanda el artículo 407 de la Constitución.<sup>511</sup>

El caso aún no está cerrado a pesar que el proyecto ha iniciado ya la construcción de la carretera hacia el área de concesión.

## 6. REFORMA PROCESAL EN MARCHA Y LA LIMITACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR A FAVOR DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.

A pesar de los esfuerzos de la Constitución actual por ampliar la legitimación y dejar lo suficientemente abierta para que cualquier grupo o persona pueda demandar el derecho a la naturaleza al tenor de lo que establece su Artículo 71, al mencionar que “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”. Estos derechos son materia de candente debate dentro del recientemente aprobado Código Orgánico General de Procesos, en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado el cual en su capítulo II regula la “Representación de la Naturaleza”.

En él se establece que “La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, a través del Defensor del Pueblo quien además actuará por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y este Código.”

---

507 La iniciativa Yasuní ITT realizada por el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, plantea el compromiso del Estado ecuatoriano de dejar el crudo en tierra de los campos Ishpingo, Tambococha y Tiputini, (ITT) ubicados dentro del Parque Nacional Yasuní. Es decir, no explotar 846 millones de barriles de petróleo, lo que evitará la emisión de alrededor de 410 millones de toneladas de CO<sub>2</sub>, como la base para dar forma a un modelo de desarrollo diferente inspirada en una economía post petrolera, así como en la necesidad de cambiar radicalmente las formas de relacionarnos con la naturaleza. En concreto, esta propuesta tenía por objetivos mitigar las emisiones de dióxido de carbono para combatir el calentamiento global; proteger la biodiversidad en el Ecuador; reducir la pobreza y la desigualdad; y apoyar el ejercicio del derecho al aislamiento voluntario de las culturas indígenas no contactadas (Tagaeri y Taromenane). En reciprocidad por la decisión del Estado ecuatoriano de mantener el petróleo de los campos Ishpingo, Tambococha y Tiputini (ITT) bajo tierra se recibirían aportaciones de los países, instituciones, y en general, de todos los actores que integran la comunidad internacional para formar un fondo de capital administrado por un fideicomiso con la participación de los principales contribuyentes, bajo mecanismos que se detallarán más adelante, de al menos 3,500 millones de dólares. Tras cerca de cinco años de iniciadas las tareas de levantamiento de fondos, los escasos resultados sirvieron de base para que el gobierno de al traste con la iniciativa, y declaró la procedencia de la explotación petrolera en el ITT.

508 Constitución de 2008. Art. 439 Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente. (legitimación abierta)

509 Constitución 2008 Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

510 Resolución No. CAL-2013-2015-021, del 29 de Agosto del 2013.

511 Constitución del 2008. Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Llama fuertemente la atención esta doble representación introducida, contraviniendo lo expresado en el artículo 71 de la Constitución en el cual no se establece ninguna calificación para la representación.

Sin embargo un punto que si aclara satisfactoriamente es lo respecto a que “ las acciones por daños ambientales, así como las acciones por daños producidos a las personas o su patrimonio por consecuencia de daño ambiental, se ejercerán de forma separada e independiente”. Dando fin a la confusión generada por el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, anteriormente comentada en la cual se confundían las acciones de reparación patrimonial con las de daño ambiental propiamente dicho.

También se establece que “Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, evitación, remediación, restauración y reparación de daños ambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las acciones descritas en este capítulo.

Las medidas remediadoras, restauradoras y de reparación de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional.” A lo que añade que “en el caso de no existir tales medidas la o el juzgador las ordenará”.

Si bien esta reforma apunta a la lógica de no permitir dos acciones por la misma causa, y de dar trámite a la excepción de cumplimiento con el ejercicio de actividades remediadoras, restauradoras y de reparación, debe dejarse claramente a salvo los derechos de las comunidades de solicitar reparación socio ambiental, cuando deban de demandar compensaciones por las afectaciones sufridas en caso de privación del uso y goce de un recurso natural en su comunidad.

Este Código recientemente aprobado en primer debate, a la fecha espera su discusión en segundo debate en el pleno.

## CONCLUSIÓN

Luego del largo camino recorrido desde los primeros esbozos de política ambiental de la mano de la necesidad regulatoria internacional, pasando por las normas constitucionales suficientes pero escasamente aplicadas, y normas ambientales que no resolvieron adecuadamente el tema de la aplicación, nos encontramos ahora en un nuevo momento institucional con la Constitución del 2008. Un nuevo punto de partida que nos permite probar nuevamente el sistema de garantías estatales sobre el ambiente.

Es necesario, ahora más que nunca mirar atrás y reconocer todos los avances pero sobretodo, todos los tropiezos y los factores que han limitado que el derecho ambiental en Ecuador tenga la eficacia y la aplicación que requiere como brazo ejecutor de las políticas de desarrollo sostenible.

Durante muchos años la sociedad ecuatoriana se ha preocupado demasiado por generar derechos y garantías, y muy poco en generar las condiciones para que dichos derechos y garantías se ejerciten de forma adecuada para crear así una cultura de aplicación y de respeto por la norma vigente. Para aplicar el derecho colectivo al ambiente sano, y ahora, los derechos de la naturaleza, no basta con escribirlos, es preciso conocerlos, entenderlos bien, y generar una dogmática propia que permita su plena aplicación.

Este *momentum* institucional y normativo en el cual nos encontramos, nos pone la vara muy alta. No solo por la visibilidad de los derechos emblemáticos contenidos en nuestra constitución, si no por que nos hemos convertido en un laboratorio social, con los ojos del mundo encima. Y las fallas de aplicación, la deficiente interpretación de su alcance, la inconveniente superposición de derechos, pueden dar al traste con la oportunidad de adentrarnos en nuevos paradigmas que le den contenido concreto al desarrollo sostenible y conviertan al derecho ambiental, en el garante de dicho desarrollo.

## BIBLIOGRAFIA

Albán, MA., Barragán, D. Bedón, R., Crespo, R. Echeverría, H. Hidalgo. Ma. Muñoz ,G. y Suárez S. "Ecuador Ambiental, un recorrido propositivo" CEDA, (2011)

Arango, Rodolfo. Derechos, Constitucionalismo y Democracia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. No. 33. Universidad del Externado. (2004)

Bedón Garzón, René. Aspectos Procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador. IUS HUMANI, Universidad de los Hemisferios. (2010).

Lorenzetti, Ricardo Luiz. Teoría del Derecho Ambiental. Primera Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. (2011)

Martin Mateo, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental, Vol 1. Editorial Trivium S.A. (1991)

Melo, Mario. <https://mariomelo.wordpress.com/2011/06/01/exigibilidad-judicial-de-los-derechos-de-la-naturaleza/> ( 2011)

Molina Roa, Javier Alfredo. Derechos de la Naturaleza. Universidad del Externado. (2014)

Mosset, J. Hutchingson, T. Donna, A. Daño Ambiental, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores. (2011)

Narvaez, Ivan. Derecho Ambiental en clave Neo constitucional. (enfoque político). FLACSO. (2012)

Pérez Camacho, Efraín. El proceso Ambiental en la Constitución. Revista Jurídicas de Derecho. Tomo 6. (s/f)

Pigretti, Eduardo A. Derecho Ambiental. Ediciones Depalma. (2000)

### 4.3 Apoyando la implementación de políticas, leyes y AMUMAS: Lecciones y experiencias sobre la rendición de cuentas, la aplicación y el cumplimiento (desde los caminos, los arroyos, la gente y los ríos en las Américas)

Eduardo Abbott y Peter Lallas



Rendición de Cuentas, aplicación y cumplimiento, condiciones facilitadoras, modelos de influencia, lecciones aprendidas, salvaguardas, FMAM, Panel de Inspección, Organismos Internacionales.

*Este ensayo consistirá de dos partes principales. En la primera parte se examinarán las experiencias y lecciones en materia de rendición de cuentas y el cumplimiento de políticas - - especialmente las políticas ambientales y sociales de salvaguardia - -del Panel de Inspección del Banco Mundial. En el análisis se describirá como el Panel de Inspección, y los mecanismos de rendición de cuentas independientes similares en otras organizaciones internacionales, responden a las preocupaciones de las comunidades locales de todo el mundo para hacer frente a las preocupaciones sobre el incumplimiento y el daño potencial de los proyectos financiados por estas organizaciones. La discusión y análisis destacará las principales conclusiones de los casos concretos e investigaciones, y los resultados obtenidos. En la segunda parte se analizará la experiencia y las lecciones de proyectos diseñados para apoyar sistemas mejorados de política y regulación en el ámbito nacional para la protección del medio ambiente, apoyándose en la experiencia del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM). Este análisis tendrá en cuenta algunas de las mejores prácticas y la experiencias en el apoyo a “condiciones propicias o facilitadoras”, que apoyan la agenda ambiental global, señalando que la nueva estrategia del Fondo para el Medio Ambiente Mundial FMAM 2020 identifica este tipo de proyectos “desde lo nacional a lo global” como uno de los cinco principales “modelos de influencia “de la labor del FMAM.*

*El artículo concluirá con observaciones sobre el papel y la importancia de iniciativas “desde lo local a lo global” (apoyo a la política / ley y sistemas de regulación) y de intervenciones “desde lo global a lo local” (rendición de cuentas y la revisión de cumplimiento de políticas), y los vínculos entre ambas. Lecciones prácticas e ideas resultantes de trabajo de campo, así como los temas y tendencias emergentes, también serán resaltadas.*

## INTRODUCCIÓN

Este ensayo presenta las maneras para apoyar la implementación de políticas ambientales, las leyes y especialmente, los Acuerdos Ambientales Multilaterales (AMUMAS). El ensayo consistirá de dos partes principales. La primera parte trata del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM) como un mecanismo financiero que apoya la aplicación de una serie de Acuerdos Ambientales Multilaterales, y beneficios a nivel mundial. La segunda es el trabajo de las Instituciones Internacionales (IFI, por sus siglas en inglés), mecanismos independientes para la rendición de cuentas (IAM, por sus siglas en inglés), la rendición de cuentas basada en responsabilidad de los ciudadanos y los mecanismos de recurso que responden a las preocupaciones de las comunidades locales para que las instituciones financieras internacionales si están cumpliendo con sus propias políticas que pretenden evitar, compensar y reducir los daños a las personas y al medio ambiente. Se aborda el trabajo del Panel de Inspección del Banco Mundial, el primer IAM establecido por las IFI, las experiencias y lecciones en materia de rendición de cuentas y el cumplimiento de políticas - - especialmente las políticas ambientales y sociales.

La idea central presentada es que para enfrentar los problemas ambientales de manera efectiva se deben considerar todas las dimensiones; “corriente río arriba” y “corriente río abajo”. La primera perspectiva “corriente río arriba o vista desde arriba” se refiere al desarrollo de un marco normativo e institucional que no sólo establece las reglas sino que también crea “condiciones propicias” hacia lo que se pretende lograr. Por ejemplo, el trabajo del FMAM para apoyar las “condiciones propicias o facilitadoras” que ayudan a lograr beneficios ambientales y apoyar la aplicación de los AMUMAS. De la misma manera, es necesaria la segunda perspectiva, “corriente río abajo o vista desde abajo” donde existe un sistema de control y equilibrio para asegurar que las normas estén siendo aplicadas. Se ilustrará la rendición de cuentas y los sistemas de recurso a nivel internacional refiriéndonos al Panel de Inspección como un caso representativo.

## Corriente río arriba. . . y el FMAM



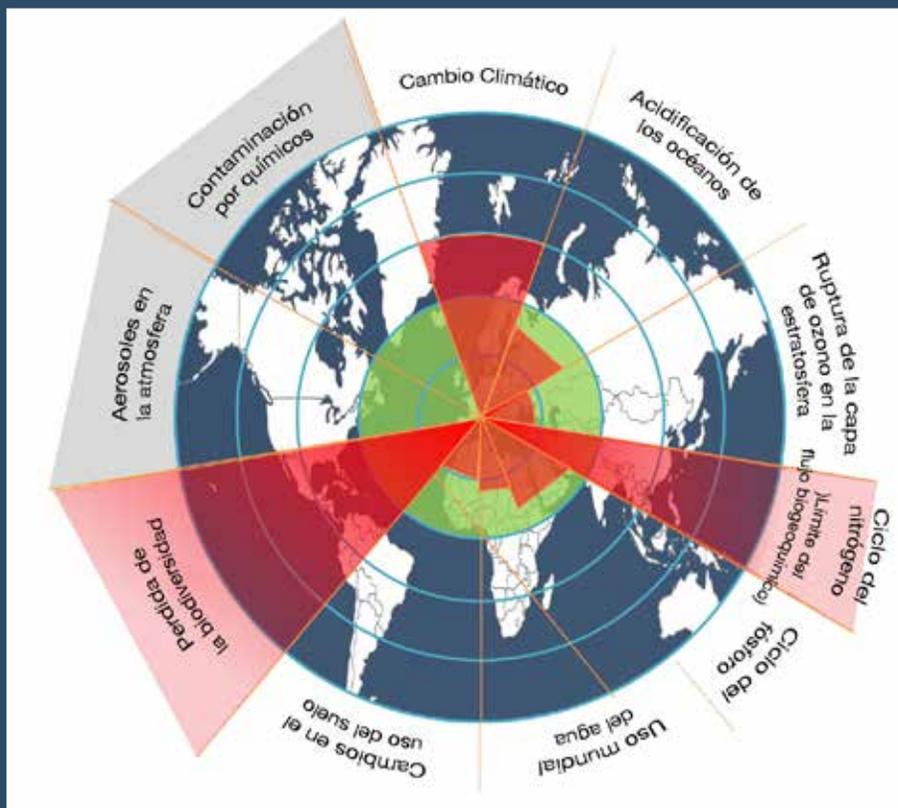
## Corriente río abajo. . . y los IAMs



## 1. DESAFÍOS GLOBALES AMBIENTALES

Es importante tener en cuenta los problemas que estamos tratando de abordar y la situación actual de tales problemas. La famosa imagen representada a continuación en la Figura 1 ilustra los ecosistemas terrestres críticos, y demuestra que varios se encuentran en zonas de peligro.<sup>512</sup> Como se analizará seguidamente, el FMAM tiene la potestad para ayudar a resolver la mayoría de éstos desafíos de estos ecosistemas, y el trabajo de los IAMs, como el Panel de Inspección, también son de gran importancia en este esfuerzo como un sistema de control y equilibrio para ayudar a darle una voz a las comunidades locales y que se consideren las implicaciones sociales y ambientales en los proyectos apoyados por las organizaciones internacionales.

### Sistemas terrestres que están cerca o más allá de un ambiente de funcionamiento seguro



■ No cuantificado

■ La trasgresión de los límites planetarios

■ Funcionamiento humano en un espacio seguro en el sistema planetario

512

Una ilustración gráfica más reciente de estos problemas y presiones está disponible en Rockstrom et. al, "A Safe Operating Space for Humanity," Stockholm Resilience Center, 2015.

## 2. Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM)

Se puede encontrar mayor información disponible en la página Web del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM) ([www.gef.org](http://www.gef.org)) y en el documento de Marzo 2015: *Instrumento para el establecimiento de la reestructura del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (en inglés, Instrument for the Establishment of the Restructured Global Environment Facility)*.

El FMAM se creó alrededor de la Cumbre de la Tierra de Río de 1992. El objetivo principal y la misión del FMAM, así como su mandato y rol como mecanismo financiero con cobertura de un número de AMUMAS, se indica brevemente a continuación:

- **Objetivo:** *Abordar los problemas ambientales mundiales, mientras que también se apoyan las iniciativas nacionales de desarrollo sostenible.*
- **Misión:** *mecanismo para la cooperación internacional para proveer nuevas o adicionales becas y financiamiento concesional para afrontar los costos incrementales aprobados sobre medidas para obtener los beneficios ambientales mundiales acordados.*
- **Mecanismo financiero:** el FMAM es un *mecanismo financiero para varios AMUMAS*<sup>513</sup> y tiene la autoridad, bajo el Instrumento del FMAM, para financiar y apoyar proyectos en las esferas de la diversidad biológica, el cambio climático, las aguas internacionales, la degradación de la tierra (principalmente la desertificación y la deforestación), y los productos químicos/productos de desechos.<sup>514</sup>

El FMAM, en su calidad de organización financiera independiente, ofrece donaciones y financiación concesional para apoyar proyectos y programas en países beneficiarios alrededor del mundo, en apoyo a su mandato para el medio ambiente mundial. La financiación para este trabajo se recibe de los países donantes periódicamente (cada cuatro años) al Fondo Fiduciario del FMAM.<sup>515</sup> El FMAM es, en muchos sentidos, una asociación para la cooperación internacional en la que los países trabajan conjuntamente con instituciones internacionales, organizaciones de la sociedad civil y el sector privado, para enfrentar los problemas ambientales mundiales. La estructura institucional del FMAM se establece en el instrumento del FMAM.<sup>516</sup>

Los proyectos y programas financiados por el FMAM cubren varias áreas claves que apoyan al medio ambiente global, desde actividades relacionadas con biodiversidad, cambio climático, aguas internacionales, degradación de la tierra, productos químicos y residuos en el contexto de proyectos y programas de desarrollo; desde áreas protegidas y el uso y gestión sostenible de la tierra, la lucha contra el tráfico ilegal de la vida silvestre y la pérdida de especies, la lucha contra la deforestación y la degradación de la tierra, fuentes renovables de energía, tecnologías y alternativas, protección y uso sostenible de los océanos y recursos marinos, mejores prácticas y enfoques regionales para los cursos de agua internacionales, esfuerzos para



513 Como se describe en el Instrumento del FMAM, se incluye: la Convención de Cambio Climático en el Marco de las Naciones Unidas (CMNUCC); la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB); el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP); Convención de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por sequía grave y/o desertificación de las Naciones Unidas, en particular en África (CLD) y el Convenio de Minamata sobre el Mercurio. Ver Instrumento del FMAM, el párrafo 6.

514 See generally GEF Instrument, especially paragraphs 2 and 3.

515 La reposición más reciente que se concluyó en 2014 fue de la mayor cantidad \$4430 millones para un período de cuatro años del FMAM-6, y se convirtieron en donantes del FMAM un gran número de nuevos países por primera vez. Ver GEF / C.46 / 07 Resumen de las negociaciones de la Sexta Reposición del Fondo Fiduciario del FMAM

516 La estructura del FMAM incluye: la Asamblea del FMAM (cual se reúne una vez cada cuatro años) y el Consejo del FMAM (cual se reúne dos veces al año), compuestos por representantes de los gobiernos; la Secretaría del FMAM, un Grupo Asesor Científico y Tecnológico (STAP); una Oficina de Evaluación Independiente; asociados y organismos de ejecución del FMAM, que originalmente eran tres (el Banco Mundial, el PNUD y el PNUMA) pero ahora son 14 organismos; los centros de coordinación dentro de los gobiernos; y las redes de OSC y actores que participan y tienen un papel fundamental en la labor del FMAM.

eliminar el uso de contaminantes orgánicos persistentes que pueden transportar de forma natural a través de fronteras nacionales, para limpiar arsenales y los sitios peligrosos, y para combatir y proteger contra los riesgos de contaminación de mercurio, entre otros.

Desde 1991, el FMAM ha proporcionado \$13,5 mil millones en donaciones y ha movilizó \$65 mil millones en co-financiamiento para 4.000 proyectos en más de 165 países en desarrollo. A través de su Programa de Pequeñas Donaciones (PPD) del FMAM ha realizado más de 20.000 donaciones a organizaciones basadas en la comunidad y en la sociedad civil por un total de mil millones. (Ver [www.thegef.org](http://www.thegef.org) para mayor detalle).

En los proyectos y el programa del FMAM, se hace énfasis en la innovación y la colaboración, apoyando a las personas y sus medios de vida, la igualdad de género y oportunidades de “escalar” en los proyectos individuales para mayor impacto. A menudo, los proyectos y programas buscan avanzar y apoyar más de un objetivo ambiental global a la vez, de acuerdo con el mandato del FMAM, para financiar acciones en apoyo de varios AMUMAS y los objetivos temáticos. A través de este trabajo, el FMAM y sus socios han apoyado al numeroso progreso en los últimos 20 años; avanzando con la agenda ambiental mundial, y abordando los problemas y las presiones. Un ejemplo de este progreso, así como de los desafíos que han afrontado, se ha establecido en una serie de publicaciones, informes anuales de seguimiento presentados en las reuniones del Consejo del FMAM, y los informes periódicos sobre las actividades presentadas a los diversos AMUMAS (ver [www.gef.org](http://www.gef.org))

No obstante, persisten los problemas urgentes en el medio ambiente mundial, y en algunos casos, siguen creciendo bajo las presiones de la gente. Mientras que al mismo tiempo, existe mucha experiencia de la cual se puede aprender, acerca de lo que se ha estado trabajando, tanto negativamente, como positivamente, para abordar estos problemas y desafíos.

### 2.1. La nueva estrategia FMAM 2020

La nueva estrategia del FMAM 2020,<sup>517</sup> aprobada por el Consejo del FMAM en septiembre de 2014, intenta definir las lecciones y mejores prácticas de esta experiencia como parte de un plan general para su labor futura. Las nuevas directrices estratégicas establecidas en el FMAM 2020 se indican a continuación:

- Centrarse en lo que impulsa la degradación ambiental
- Entregar soluciones integrales, dado que muchos desafíos globales están interrelacionados
- Mejorar la capacidad de resistencia y adaptación al cambio climático
- Garantizar la complementariedad y sinergias en el financiamiento climático
- Adoptar el modelo de influencia correcto

Además de estas principales directrices estratégicas, la estrategia FMAM 2020 también resalta estos tres principios básicos operativos para su labor futura: (1) la movilización de los actores locales y globales; (2) la mejora de la eficacia operativa; (3) el fortalecimiento de la gestión de resultados. Estas directrices estratégicas y principios operacionales sirven para apoyar la visión del FMAM 2020: “...para que el FMAM sea un líder del medio ambiente por su rol como mecanismo financiero de varios... AMUMAS, respaldando un cambio transformador, y logrando los beneficios ambientales a una escala mayor”. GEF 2020, p. 15.

### 2.2. Adoptando el modelo de influencia correcto para apoyar los beneficios ambientales globales FMAM 2020 presenta un tipo de “tipología” de los diferentes modelos de influencia, que incluye:

- La política de Transformación y Entorno Regulatorio
- El fortalecimiento de capacidad institucional y procesos de decisión
- Las convocatorias para las alianzas de múltiples actores
- El demostrar enfoques innovadores
- La implementación de instrumentos financieros innovadores

Los primeros dos son especialmente relevantes para este ensayo ya que se refieren a la creación de un ambiente “de corriente para arriba” que crea una base fundamental para los programas,

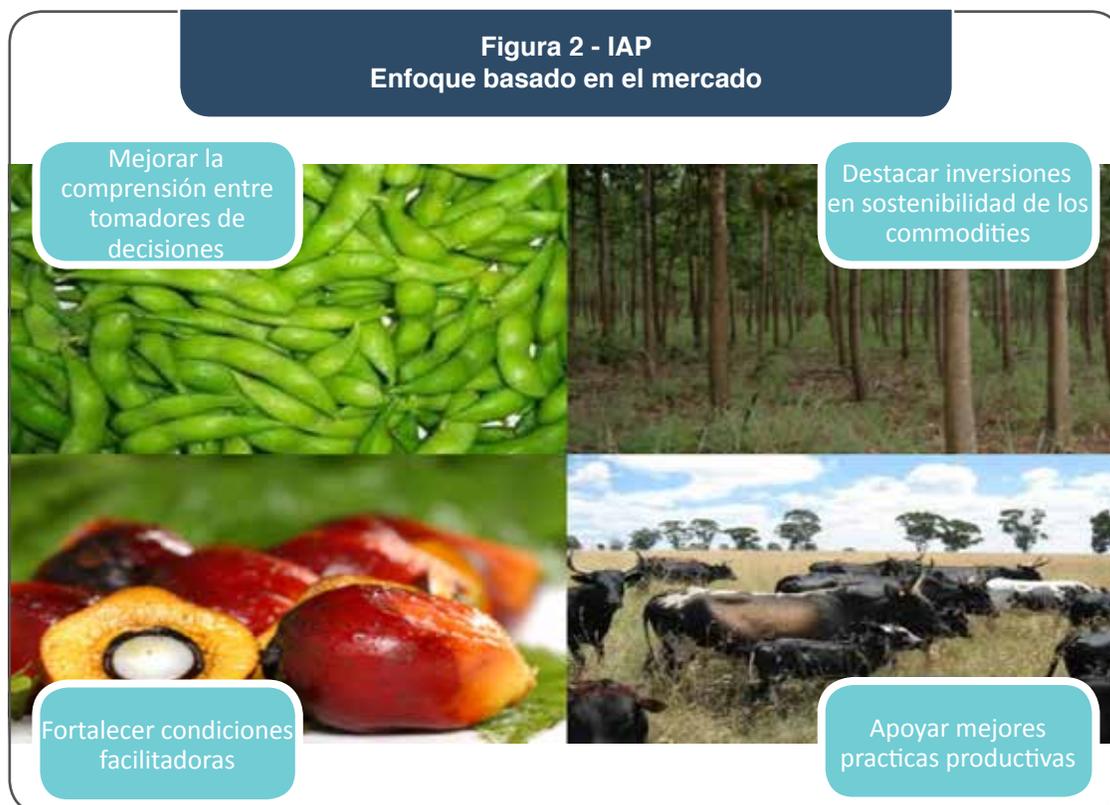
proyectos e iniciativas. Estos elementos hacia arriba están integrados en muchos proyectos del FMAM. De la misma manera, es una forma clave de ayudar a construir buenas instituciones y normas para avanzar las prioridades en la política, en este caso, enfrentar los retos ambientales comunes. Por lo que, incluyendo el fortalecimiento de las instituciones del sector público, y mejorando su transparencia y eficiencia, se pueden diseñar incentivos, mercados con mejores funcionamientos, previsibilidad y la equidad en estos esfuerzos, en lugar de solo apoyar los “buenos proyectos” que se quedan en un vacío ya que no producen cambios o mejoras de largo plazo.

### 2.3. Ilustración – dibujando el enfoque integrado del FMAM

El apoyo del FMAM para asegurar entornos propicios y eficientes se puede ver, por ejemplo, en sus recientes esfuerzos por promover enfoques integrados sobre cómo enfrentar los problemas ambientales mundiales. Con una posición a la vanguardia por su trabajo, el FMAM ha desarrollado tres iniciativas integradas (Pilotos de enfoque integrado, IAP, por sus siglas en inglés).

Estas recientes iniciativas de las IAP, para el ciclo FMAM-6, son conocidas como: (1) Las ciudades sostenibles; (2) Eliminación de la deforestación de la cadena de suministros de productos básicos (aceite de palma, soja, carne de res); y (3) La seguridad alimentaria en el África subsahariana. Estos enfoques integrados aprovechan un activo único del FMAM, que es su capacidad para enfrentar los problemas ambientales mundiales interrelacionados, ya que es compatible con varios AMUMAS, ya que a pesar de que se enfocan en diferentes problemas, están interrelacionados.

Desde hace poco más de un año, la Secretaría del FMAM y sus socios han dedicado esfuerzo y trabajo sustantivo para el desarrollo de los conceptos iniciales (en calidad de Documentos en Marco del Programa o PDFs) para estos tres IAPs, basándose en múltiples diálogos con los países, agencias socias, partes interesadas, el Consejo del FMAM, entre otros, y teniendo en cuenta las oportunidades que presentan estos nuevos enfoques. Una descripción detallada de este trabajo y los nuevos IAPs está disponible en la página Web titulada: “*Integrated Programs: GEF’s new way to create multiple environmental benefits*” (versión en inglés [www.thegef.org](http://www.thegef.org)), y los PDFs son parte de un documento del Programa FMAM aprobado por el Consejo del FMAM en sus reuniones en Washington, D.C. en junio de 2015.<sup>518</sup>



Por ejemplo, en el Producto IAP, los incentivos discutidos y desarrollados para que los productores ya no expandan en las zonas de bosques, y para que los principales distribuidores hagan promesas de no comprar de dichas áreas. Estos pueden ser apoyados a través del dialogo, y también a través de la mejora de las normas en todo el sistema de incentivos para construir mejores alternativas. Los beneficios potenciales son altos: este IAP se centra en 3 productos globales: la soja, el aceite de palma y la carne de res, que representan alrededor del 80% de la deforestación tropical, que a su vez, reduce los servicios de ecosistemas y aumenta la emisión de gases de efecto invernadero (GEI, por sus siglas en inglés) como el carbono y metano en una cantidad de aproximadamente el 12% de las emisiones GEI. La ambición es “romper la lógica” que lleva a los niveles actuales de deforestación asociada con las cadenas de suministro, y ayudar a crear un nuevo modelo de negocio, que lleve a diferentes resultados, con múltiples beneficios para el medio ambiente mundial.

También existe un debate continuo dentro del sistema del FMAM, incluso en el contexto de las reuniones del Grupo de Asesoramiento Científico y Tecnológico (STAP, por sus siglas en inglés) sobre las oportunidades del mayor apoyo para eliminar plásticos y otros desechos que llegan a los océanos desde las áreas urbanas y otras fuentes terrestres. Asimismo en este contexto, un ambiente propicio que se enfoca en los “materiales corriente arriba” puesto en circulación, y que apoya las acciones intermedias, por ejemplo, el reciclaje y la reutilización, barreras al flujo de salida, para prevenir que tales materiales sean desechados en los océanos o mares, podría ayudar a resaltar la acción y disminuir este gran “lío” que está afectando a los océanos y mares.

#### 2.4. Ilustrando el Proyecto de Manejo Integral de Cuencas en Nicaragua

Más allá de los IAPs, muchos otros proyectos del FMAM han incluido el desarrollo de un entorno favorable como clave para acciones efectivas. Un proyecto del FMAM en las tierras altas de las montañas de Nicaragua, el Proyecto de Manejo Integral de Cuencas en Nicaragua, demuestra esta ilustración. El proyecto busca restaurar una económicamente importante y hermosa cuenca para el beneficio ecológico y los intereses de los medios de vida, después de muchos años de su mal uso, graves atropellos y desviaciones de agua.



En apoyo a los objetivos de los proyectos, y entre otras actividades, el proyecto busca trabajar con los ministerios, actores claves y las ONGs para proponer nuevas leyes y normas para: (a) apoyar la conservación, restauración y gestión sostenible; (b) apoyar y permitir que las practicas agrícolas sean compatibles con los objetivos ecológicos (por ejemplo, los incentivos y la certificación del café cultivado a la sombra; y (c) poner un valor en los servicios del ecosistema, y el capital natural, por ejemplo, las aguas de los ríos y los lagos que anteriormente fueron desviados a los agricultores a un costo bajo. En una reciente visita de

campo, los responsables del proyecto a nivel local mencionaron que esta última parte, en particular, es difícil, que requiere de mucho diálogo y de realmente de un cambio en la cultura, pero la mejor comprensión de los valores alternativos de los ecosistemas, y el compromiso de los participantes, si esta permitiendo una mejor oportunidad para esto.

La estrategia FMAM 2020 señala otro ejemplo de la construcción de entornos favorables eficaces; un proyecto en Sudáfrica cual apoyó los esfuerzos del gobierno para adoptar nuevas políticas y marcos regulatorios para los mercados de energía renovable, impulsando el mercado de la energía limpia en Sudáfrica en los últimos cinco años. (GEF 2020, p. 27). En apoyo a los objetivos de los proyectos, y entre otras actividades, el proyecto busca trabajar con los ministerios, actores claves y las Organizaciones de la sociedad civil para proponer nuevas leyes y normas para: (a) apoyar la conservación, restauración y gestión sostenible; (b) apoyar y permitir que las practicas agrícolas sean compatibles con los objetivos ecológicos (por ejemplo, los incentivos y la certificación del café cultivado a la sombra; y (c) poner un valor en los servicios del ecosistema, y el capital natural, por ejemplo, las aguas de los ríos y los lagos que anteriormente fueron desviados a los agricultores a un costo bajo. En una reciente visita de campo, los responsables del proyecto a nivel local mencionaron que esta última parte, en particular, es difícil, que requiere de mucho diálogo y de realmente de un cambio en la cultura, pero la mejor comprensión de los valores alternativos de los ecosistemas, y el compromiso de los participantes, si esta permitiendo una mejor oportunidad para esto.

La estrategia FMAM 2020 señala otro ejemplo del desarrollo de entornos favorables eficaces; un proyecto en Sudáfrica cual apoyó los esfuerzos del gobierno para adoptar nuevas políticas y marcos regulatorios para los mercados de energía renovable, impulsando el mercado de la energía limpia en Sudáfrica en los últimos cinco años. (GEF 2020, p. 27).

### 3. Trabajando con la “corriente hacia abajo” - IAMS y el Panel de Inspección del Banco Mundial

Las oportunidades para apoyar la implementación de los AMUMAs y los marcos normativos internacionales se logran con los objetivos de los trabajos de las IAMs, específicamente, del Panel de Inspección del Banco Mundial (IPN, por sus siglas en inglés).



El Panel de Inspección está diseñado para proporcionar un vehículo independiente, justo e imparcial para quienes creen que se han visto perjudicados que puedan expresar sus preocupaciones relacionadas a un proyecto financiado por el Banco Mundial; para intentar asegurar que las salvaguardias sociales y ambientales del Banco Mundial sean respetadas, y para conseguir una respuesta significativa de la institución donde las cosas presuntamente, no han ido bien. Cuando se estableció el IPN se trataba de un desarrollo sin precedentes en la ley internacional que les proporcionaba derechos a las personas afectadas por proyectos o programas de las IFI a quejarse e influenciar en las decisiones internacionales que los

afectarán. Lo que amplió la rendición de cuentas de estas instituciones financieras internacionales más allá de sus propias administraciones y de los países miembros, y dotó legitimidad y justicia a las personas y las comunidades que habían sido afectadas por las decisiones y financiamiento de las IFI. Hoy en día el ejemplo del IPN se ha seguido, y en ciertos casos ampliado con mayores capacidades (como por ejemplo, al defensor del pueblo y las funciones de asesoramiento y seguimiento) y todas las IFIs tienen mecanismos de esta naturaleza.

El trabajo de los IAMs no siempre es fácil, hay presiones en el sistema, pero forma parte de esta bella idea - y ha llevado a muchos resultados tangibles. En su esencia, se basa en la idea de que las personas tienen derecho a participar significativamente en las acciones y decisiones que los afectan y que sus derechos - y las necesidades del medio ambiente en el que viven - deben de ser considerados y respetados adecuadamente. También refleja la realidad de que la población local y sus asociados tienen un profundo conocimiento y experiencia acerca del lugar en donde viven, y que sus vidas y medios de subsistencia están a menudo inextricablemente entrelazados con el cuidado apropiado y el respeto a estos lugares.

Se han publicado cientos de artículos y libros hablan que tratan sobre los IPN y otros IAMs. La página Web del Panel de Inspección del banco mundial ([www.inspectionpanel.org](http://www.inspectionpanel.org)) ofrece mucha información sobre sus investigaciones y la historia de sus trabajos. La publicación “*Los 15 años del Panel de Inspección*” (En inglés la versión original; “*The Inspection Panel at 15 Years*” (2009), cual se encuentra en la página Web, ofrece la narrativa adicional sobre este trabajo, y una lista de referencia de otras publicaciones y comentarios sobre este trabajo. Otra publicación, “*Citizen Driven Accountability for Sustainable Development*” (2012), presenta una visión más amplia de los trabajos, resultados y desafíos de la labor del Panel de Inspección y de los otros IAMs que han sido creados desde el establecimiento del Panel. . Estas son historias y explicaciones actuales e interesantes sobre el trabajo “con la corriente” en responsabilidad y cumplimiento. Los otros IAMs también tienen interesantes y muy útiles páginas de Web.

### 3.1. Ilustración – Proyecto Nacional de Administración de Tierras en Panamá

Un ejemplo de la rendición de cuentas y del trabajo del Panel de Inspección está evidenciado en la respuesta a las inquietudes presentadas por los pueblos indígenas Naso y Ngobe en Panamá sobre el Proyecto Nacional de Administración de Tierras financiado por el Banco Mundial. Las comunidades indígenas se quejaron de que el proyecto no estaba dando la debida atención a la protección de sus derechos sobre sus tierras ancestrales, y de hecho, estaba promoviendo prácticas de titulación contrarias a estos derechos y al deseo del pueblo de tener derechos colectivos - no individuales - sobre la tierra. En respuesta a estas preocupaciones, y de acuerdo con los procedimientos adecuados, el Panel de Inspección contrató a expertos independientes, los cuales visitaron el país (tres veces), las personas y las zonas afectadas por el proyecto; se reunieron con los funcionarios del gobierno y del Banco Mundial, y sobre la base de su propia investigación de los hechos revisados, evaluaron si el Banco Mundial estaba respetando las políticas clave de salvaguardia sobre los pueblos indígenas y las evaluaciones ambientales. Como se muestran en las ilustraciones a continuación, una parte fundamental para este trabajo fue ir a los ríos y los senderos para reunirse con la gente y conocer y entender sus preocupaciones.

El Panel finalmente encontró, por una parte, que el Banco Mundial, de varias maneras, había tomado medidas significativas para tratar de apoyar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través del proyecto, y en especial a través de sus esfuerzos al principio del proyecto al apoyar al gobierno en la búsqueda de la aprobación parlamentaria para la creación de una “Comarca” (patria autónoma) para el pueblo Naso. El Panel también elogió al Banco por su disposición de participar en este difícil trabajo. Por otro lado, éste también constató que los esfuerzos del Banco no cumplieron en ciertos aspectos claves con la Política de Salvaguardia del Banco sobre los pueblos indígenas y su política en materia de supervisión de proyectos. En particular, el Panel señaló que la falta de consultas apropiadas en las primeras fases del proyecto resultó en la insuficiente atención a las cuestiones y problemas que enfrentaba el pueblo Ngobe, en los momentos en que su tierra estaba bajo una significativa presión de desarrollo por causa de personas fuera de sus comunidades. El Panel adicionalmente constató que la Administración del Banco y el proyecto no se ajustaron lo suficiente para abordar los derechos e intereses del pueblo Naso bajo la política del Banco después de que la propuesta de establecer una Comarca no había sido aprobada por el Parlamento. Estas preocupaciones se vieron agravadas por el hecho que la comunidad Naso se enfrentaba a conflictos internos significativos sobre su liderazgo. El Panel también incluyó en su reporte de investigación que el Banco Mundial aumentó significativamente sus esfuerzos para abordar las preocupaciones de las comunidades una vez que las quejas surgieron y que se hubiera iniciado el proceso con el Panel.<sup>519</sup>

Esta experiencia ilustra algunas de las oportunidades y desafíos presentados por los sistemas de rendición de cuentas y los recursos en los bancos de desarrollo multilaterales y regionales, y otras organizaciones internacionales. Además de su intención de tener un impacto directo para proporcionar la respuesta y el recurso a las preocupaciones de las comunidades locales, el trabajo de los IAMs busca crear incentivos

---

519 See Inspection Panel Investigation Report, Panama Land Administration Project, and the Bank Management Response to the Panel Report, at [www.inspectionpanel.org](http://www.inspectionpanel.org). Following the issuance of its Report, the Panel learned that affected communities subsequently were able to refer to the Panel's fact-finding and analysis in a related claim in support of their rights in front of the Inter-American Commission of Human Rights.

520 See, e.g., Inspection Panel Investigation Report, Democratic Republic of Congo (forest-related projects), August 2007, Chapter 4.C. Obligations under International Environmental Treaties and Agreements (pp. 93-95); Inspection Panel Investigation Report, Honduras Land Administration Project, June 2007, Chapter 4.B Relevant International Agreements: ILO Convention No. 169 (pp. 69-72) (considering also the broader language on international agreements in Bank Operational Manual Statement 2.20 (now superseded by a subsequent change in Bank policies on Investment Lending)).

para una mayor atención al contenido y la actual aplicación de las políticas de gobierno - especialmente las políticas de salvaguarda ambientales y sociales, que están diseñados para promover y garantizar un mejor y equitativo desarrollo sostenible. Los casos y las investigaciones proporcionan una ventana a los retos y dificultades que pueden surgir en el curso del desarrollo y de otros tipos de proyectos apoyados por organizaciones internacionales, incluyendo el FMAM.



Este trabajo sobre la rendición de cuentas y los recursos, y las políticas de salvaguarda, también tienen un vínculo normativo directo a la aplicación de los AMUMA. La política del Banco Mundial sobre la Evaluación Ambiental, por ejemplo, contiene el requisito de que el Banco no financiará actividades que vulneren las obligaciones de un país en virtud de acuerdos o instrumentos ambientales internacionales (*OP 4.01 on Environmental Assessment, paragraph 3*). El Panel de Inspección ha considerado si esta disposición también, ha sido aplicada correctamente en casos específicos en respuesta a las preocupaciones de las comunidades afectadas.<sup>520</sup>

Esto es un trabajo difícil e incluso con los mejores esfuerzos en los proyectos y los programas financiados por organismos internacionales, (incluso para fines de desarrollo y/o propósitos ambientales) no siempre resultan como lo planeado o esperado. El derecho y la capacidad de las personas para buscar una reparación que pueda dar lugar a resultados en los proyectos más alineados a sus objetivos, y una mejora general en el contenido y/o aplicación de las políticas operacionales diseñadas para ayudar a evitar el daño ambiental y social.

### 3.2. Sistemas de atención de quejas para los proyectos financiados por el FMAM

Reconociendo esto, el FMAM tiene una norma básica social y ambiental de estándares mínimos garantizados que las agencias implementadoras del FMAM necesitan tener firmes como elemento básico para la realización de los proyectos del FMAM y el trabajo de programación. Esta política se basa en las políticas de salvaguarda del Banco Mundial, y además, requiere que cada una de las agencias cuente con un mecanismo independiente de quejas (como el Panel de Inspección del Banco Mundial) para proporcionar un lugar donde las personas afectadas a nivel local puedan proveer sus preocupaciones sobre un proyecto y buscar acciones de respuesta. Bajo esta política, la secretaria del FMAM también tiene un Comisionado de Resolución de Conflictos, quien proporciona apoyo y capacidad para responder a los problemas y las preocupaciones que puedan surgir (ver [www.thegef.org](http://www.thegef.org)).

### 3.3. Trabajando con “corriente/ vista desde abajo”

El propósito fundamental es destacar un área de trabajo que siga creciendo y evolucionando en relación a los trabajos sobre la rendición de cuentas y el cumplimiento con los proyectos apoyados por las organizaciones internacionales. Estos sistemas de rendición de cuentas y recursos proporcionan un medio para que las personas afectadas por las actividades de los proyectos puedan presentar sus preocupaciones y buscar medidas de respuesta a tales. La idea es que este tipo de mecanismos “corriente río abajo/de abajo para arriba” puedan ayudar a garantizar que se respeten y se mejoren las normas y políticas ambientales y sociales, y que se tomen medidas de respuesta si se está haciendo algo mal, con el fin de apoyar un desarrollo más sostenible y equitativo.

## CONCLUSIÓN

Un tema clave resaltado en este ensayo es que los esfuerzos y las iniciativas globales para apoyar al medio ambiente mundial y al desarrollo sostenible necesitan considerar y abordar ambas perspectivas de un problema. De una manera justa y equitativa, la importancia de un enfoque holístico e integrado. Sin embargo, lo que esto significa no siempre es obvio.

Nuestro siguiente paso podría ser revertir las ideas; de manera que la “enfoque de “Panel de Inspección” se analice de arriba hacia abajo, y el “enfoque del FMAM” se analice de abajo para arriba. Este razonamiento es porque: (a) el Panel de Inspección también tiene un efecto de “arriba hacia abajo” mediante la creación de incentivos y las lecciones que influyen al mejoramiento del actual marco político y el diseño de proyectos futuro, mientras que el FMAM también tiene un efecto “de abajo hacia arriba”, en el sentido que sirve para apoyar la implementación de los AMUMAS, y en la supervisión, seguimiento, monitoreo y evaluación de los resultados y la ejecución de los proyectos financiados por el FMAM; (b) ambos abordan las cuestiones interrelacionadas con los impactos sobre las personas y el medio ambiente; y (c) los dos “enfoques” de la perspectiva están interconectados, de modo que la acción de uno por un lado refuerza el otro, tanto en la normativa, como en la parte ecológica. Pero aquí también existe otra dimensión, donde el círculo de retroalimentación parecería ser tan positivo. En el “mundo real” también puede existir una relación inversa. Por ejemplo, el desarrollo de los sistemas de rendición de cuentas y de aplicación, que se encuentran en la perspectiva de abajo para arriba, pueden presionar a debilitar las normas, que se encuentran en la perspectiva de arriba para abajo, y por consiguiente, el entorno propicio o la selección de financiar proyectos “seguros” (o con retornos bajos/limitados), y viceversa. Existe literatura sobre este tema, pero también debemos presentar este pensamiento porque lo hemos visto y oído a través de diferentes organizaciones. Esta posible relación será un elemento importante, para mantener vigilados los esfuerzos constantes de las organizaciones internacionales para actualizar o modificar sus políticas básicas sociales y ambientales, y en la evolución de las futuras IAM. Un segundo tema central es que la participación real y significativa de la comunidad y el público es fundamental para los mandatos y resultados del FMAM y del IAM. El trabajo en el campo, y la literatura también, destacan que los intereses de las personas y el medio ambiente están estrechamente vinculados. Hace varios años, el Reporte Brundtland<sup>521</sup> ayudó a activar estas conexiones, las cuales vivimos todo el tiempo, por lo que si protegemos nuestra base de recursos, podremos mejorar nuestra vida económica, social y cultural. Somos parte del medio ambiente, y nos necesitamos el uno al otro! La experiencia también manifiesta el hecho que la población local tiene la experiencia, el conocimiento (y los derechos) que las organizaciones internacionales no tienen, y es fundamental escuchar, aprender y apoyar esto en el trabajo que se realiza. Este concepto breve es la idea de los “senderos, arroyos, las personas y los ríos,” y que los que están involucrados en el trabajo internacional o interamericano (en el FMAM, bancos multilaterales, o la OEA) necesitan estar conectados con las personas y los lugares afectados, visitar esos ríos, las carreteras, las ciudades a lo largo de los senderos, donde las personas viven. El contacto entre diferentes lugares y mundos es increíble, existe mucho potencial para aprender y ayudarse mutuamente. Por último, queremos proveer unas palabras sobre las contribuciones de la ley y de los abogados. Las buenas noticias son que la ley y los abogados tienen un gran potencial de contribución a los objetivos planteados. Teniendo en cuenta lo que hemos visto en nuestro propio trabajo, esfuerzos y experiencias, a continuación unas ideas: con respecto a la ley (a) es una parte clave de un entorno propicio; es decir, las leyes y las políticas son una manera de promover los objetivos y prioridades estratégicas, (b) las leyes y normas también son un ingrediente básico para asegurar la aplicación efectiva, mediante la creación de una base para la aplicación, un control de cumplimiento, etc. Con respecto a los abogados: los expertos legales y abogados tienen mucho que ofrecer en estos esfuerzos, pero nuestra experiencia podría ser la humildad y la apertura a trabajar con nuestros colegas. Como lo hemos visto, un papel clave del abogado no es solamente aconsejar cuando existe un riesgo, sino que utilizar el conocimiento y la capacitación para ayudar identificar y construir oportunidades para cumplir con los objetivos de la política, incluso a través de entornos favorables, ya sea en los tratados, leyes nacionales, las políticas operativas, entre otros. También hay una necesidad crítica para trabajar bien con todas las personas, los clientes por supuesto, pero de una manera interdisciplinaria constructiva y creativa. Los abogados pueden tener habilidades y disposiciones para pensar de una determinada manera, pero para enfrentar los problemas ambientales globales y locales, necesitamos también considerar de otras maneras. Finalmente, también nos seguimos inspirando por lo que dijo Mahatma Gandhi cuando era un joven ejerciendo el derecho en Sudáfrica: “Me di cuenta que la función verdadera de un abogado era la de unir a los partidos separados”.<sup>522</sup> En un campo donde la voluntad política es clave y las tensiones por las negociaciones y diferencias son altas, debemos también contribuir todos a esto!

## 4.4 Actuación de la Fiscalía en Red: la experiencia de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental

Silvia Cappelli



*Implementación, Protección Ambiental, Fiscalía Ambiental, Actuación en Red, Experiencia en Latinoamérica.*

*Tratase de la experiencia de actuación en Red de la Fiscalía Latinoamericana en materia de medio ambiente y sus ventajas con relación al trabajo actual. Informa los éxitos, las dificultades y los desafíos para la Fiscalía en la protección del medio ambiente en la región. Proyecta el futuro de la actuación en red por la Fiscalía y propone temas prioritarios para el trabajo común. Considera la actuación en red como un mecanismo eficaz de implementación de la ley ambiental.*

*La polución, degradación ambiental y el crimen organizado no conocen fronteras. No obstante, la respuesta estatal por parte de la Fiscalía y de otros agentes públicos a las ofensas al medio ambiente es jurídicamente limitada a la esfera territorial de atribución de aquel agente, lo que dificulta el planeamiento de acciones efectivas.*

*Para superar las dificultades en la aplicación de la ley ambiental en América Latina se creó la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental que hoy congrega 328 miembros de 16 países. La Red sirve para intercambiar experiencias exitosas, capacitar en temas comunes y programar acciones conjuntas. Sus principales instrumentos de comunicación son una página web [www.mpambiental.org](http://www.mpambiental.org), un mail list y un grupo de WhatsApp.*

*La Red ya capacitó, desde su fundación, en 2008, cerca de mil miembros y asesores de las Fiscales, realizó seis congresos internacionales, publicó cuatro libros, apoyó la creación de Procuradurías Ambientales y oficinas de monitoreo por satélite para combate de la deforestación. Tiene grupos de trabajo sobre hidroeléctricas, CITES y monitoreo por satélite. Se organizaron operaciones conjuntas en el combate a la minería ilegal, tráfico de madera y carbón y tráfico de animales silvestres.*

*Aún tenemos muchos desafíos, pero el trabajo de los Fiscales en red garantiza mayor efectividad y suceso en la aplicación de la ley ambiental, además de permitir la capacitación de los Fiscales entre los países, a partir de las experiencias exitosas compartidas.*

### INTRODUCCIÓN

Como es de conocimiento general, la polución, degradación ambiental y el crimen organizado no conocen fronteras. No obstante, la respuesta estatal por parte de la Fiscalía y de otros agentes públicos a las ofensas al medio ambiente es jurídicamente limitada a la esfera territorial de atribución de aquel agente, lo que dificulta el planeamiento de acciones efectivas. En la disputa entre los contaminadores y el Estado, este siempre pierde.

Por otro lado, a partir de la década de 1980, con la redemocratización de la mayoría de los países de América del Sur, el Ministerio Público presentó una profunda modificación, para asumir la defensa de la sociedad en actuación especializada. En Brasil, además de eso, el Ministerio Público se tornó titular de la acción colectiva civil en defensa del medio ambiente, reforzando la aplicación de la ley ambiental, ya que el derecho penal, aunque pueda tener carga preventiva, incide después del hecho.

Para superar las dificultades en la aplicación de la ley ambiental en América Latina, a partir de experiencias exitosas de actuación común en casos concretos entre Brasil y Paraguay, como también de la experiencia brasilera en la actuación por cuencas hidrográficas, se creó, en 2008, la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental que hoy congrega 330 miembros de 17 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, México, Nicaragua, Perú, Panamá, Rep. Dominicana y Venezuela, además de la Guyana Francesa.

## 1. Objetivos y naturaleza jurídica de la Red

La Red no es una iniciativa estatal, sino la reunión voluntaria de miembros del Ministerio Público para intercambiar experiencias exitosas, capacitarse en temas comunes y programar acciones conjuntas.

Sus principales instrumentos de comunicación son una página web [www.mpambiental.org](http://www.mpambiental.org), un *mail list* y un grupo de *WhatsApp*. La página permite que vía internet se localice el miembro del Ministerio Público destinatario de una denuncia ambiental, además de un cuadro comparativo de legislación de varios países, un cuadro de peritos, legislación, jurisprudencia y doctrina.



## 2. El Ministerio Público Latinoamericano ambiental

El origen de un Ministerio Público ambiental se remonta a la década de 1980, época de apertura democrática de la mayoría de los países de la región. La mayor parte de nuestros países posee Procuraciones de Justicia especializadas, entre ellos: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Hay una variedad muy grande entre las institucionalidades de los Ministerios Públicos, a comenzar por la nomenclatura, pues que la expresión Ministerio Público puede referirse a abogado público defensor del Estado en algunos países, mientras tanto en otros se refiere a la Fiscalía. Además, hay distinciones también cuanto a su independencia, tanto política cuanto presupuestaria. Algunas Fiscalías con consideradas como pertenecientes al Ejecutivo, otras, Legislativo o Judicial. Aún en países como Brasil las Fiscalías son órganos autónomos, sin embargo no siendo un Poder de Estado. Hay países que prevén el carácter vitalicio de los cargos de sus miembros, mientras tanto, otros prevén mandato y renovación a cada período. Algunos actúan solamente en materia criminal (la mayoría) mientras otros también actúan en materia civil (por ej. Brasil y México). Por todos estos motivos no se permite trazar una fisonomía armoniosa entre las instituciones. Sin embargo, aunque haya previsión legal para que algunos Ministerios Públicos actúen en el ámbito civil, solamente el Ministerio Público brasilero ejercita acciones civiles colectivas, además de contar con la tradicional titularidad de la acción penal. Brasil posee centenas de Procuradurías especializadas, normalmente en las capitales de los departamentos. Además de eso, los miembros del Ministerio Público otras veces acumulan otras atribuciones relativas a intereses supraindividuales.

Hay mucha variedad en la previsión legal de los crímenes ambientales, variando de pocos artículos en el Código Penal a leyes específicas. Las penas también son muy variadas. Siquiera hay uniformización procesal. No hay una armonía en lo que atinge a la previsión de los crímenes ambientales en América Latina. Por eso, la Red tiene un papel fundamental en la aproximación entre los miembros del Ministerio Público para que se puedan trazar estrategias de combate a la criminalidad ambiental y poner en práctica acciones efectivas a partir de prioridades, de la difusión de buenas experiencias y de capacitación. Como hacerlo si la legislación tanto material, como formal es distinta? Para entender es necesario conocer un poco de los éxitos de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental.



### 3. Éxitos de la Red

En estos casi siete años de existencia, la Red con sus cursos y congresos ya capacitó cerca de mil miembros y asesores de la Fiscalía, realizó seis congresos internacionales, publicó cuatro libros, apoyó la creación de Procuradurías Ambientales, auxilió la creación de tres oficinas de monitoreo por satélite para combate de la deforestación y las quemadas<sup>523</sup>. Además de eso, la Red auxilió en la elaboración de normativa del Banco Central brasileño que obliga a los bancos financiadores de obras que impacten al medio ambiente a poseer cláusula de responsabilidad socioambiental. La previsión de responsabilidad del financiador es fundamental para igualar las exigencias ambientales en proyectos realizados por empresas en más de un país y que son financiadas generalmente por bancos de fomento regionales<sup>524</sup>.

Además de congresos, cursos y oficinas de trabajo, fueron creados grupos de trabajo para aproximar miembros a partir de temas comunes, entre los que se destacan hidroeléctricas, CITES y monitoreo por satélite (deforestación), responsable por la creación de oficinas en Ecuador y cuya implementación está encaminada en Perú.

Organizó operaciones conjuntas en el combate a la minería ilegal, tráfico de madera y carbón y empieza a arreglar operaciones de combate a quemadas y tráfico de animales silvestres<sup>525</sup>.

### 4. Desafíos y futuro de la Red

Considerando las diferencias legislativas con relación a la protección del medio ambiente y las diferencias entre los Ministerios Públicos en América Latina, inclusive en cuanto a su independencia y estructura, los mayores desafíos consisten en organizar operaciones conjuntas, garantizar la permanencia de los miembros especializados en sus cargos, ampliar la atribución para la actuación también en materia civil, a través de acciones colectivas y ampliar el número de Procuradurías Especializadas.

Es fundamental también contar con un cuadro de expertos que puedan ser utilizados por las Fiscalías de otros países, de manera a democratizar la experiencia acumulada, sumando esfuerzos en la protección ambiental, con economía de recursos humanos y materiales. En otras palabras, es necesario también capacitar los expertos y otros actores fundamentales en la protección del ambiente, no se limitando al ambiente jurídico o administrativo.

No obstante, considerando que la Red tiene apenas seis años y medio y que cuenta actualmente con 330 miembros en 17 países, estamos creciendo a pasos agigantados. Quien se beneficia con el fortalecimiento del Ministerio Público en ese caso es el medio ambiente y la población.

---

523 Las acciones de la Fiscalía y el monitoreo por satélite fue resaltado por informe divulgado en la reunión de la ONU sobre cambio climático como significativa contribución Del Ministerio Público en la reducción de la deforestación de la Amazonia.  
Fuente: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/06/brasil-e-exemplo-de-sucesso-na-queda-do-desmatamento-diz-relatorio.html>. Noticia del 5.6.2014. Acceso en 17 de junio de 2014.

524 Resolución Banco Central del Brasil -BACEN n. 4327 de 24.5.2014.

525 Creación de su red de Fiscales para combate al tráfico de animales en São Paulo, octubre 2014.



A graphic featuring several stylized hands in various colors (red, orange, blue, green, purple, yellow, pink) reaching upwards. In the background, there is a large, light blue globe with a white outline, set against a dark blue background with white circular lines.

## V. DERECHOS DE ACCESO: JUSTICIA, INFORMACIÓN Y PROCESO

Los derechos de acceso son el pilar del estado de derecho en materia ambiental. Los instrumentos como la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible y las Directrices de Bali han sido adoptados y aplicados en los países de las Américas. Las tendencias y los desafíos relacionados a los derechos de acceso son abordados en los extractos bajo este sub tema, tomando en consideración los tres procesos de adjudicación que son centrales para al acceso a la justicia en los Estados miembros: (1) garantizar el acceso a la información, (2) buscar la prevención y el resarcimiento de daños ambientales, y (3) aplicar y cumplir la legislación de manera directa.<sup>526</sup>

## 5.1 La ley número 100 en el mundo sobre acceso a la información y su impacto en el fortalecimiento de la aplicación de la ley ambiental en el Paraguay

Ezequiel Santagada



Paraguay, AIP, Ley, Litigios, Derechos Humanos, Medio Ambiente.

*Este artículo cuenta la historia del proceso de incidencia de una década desplegado por OSC paraguayas para lograr una ley de acceso a la información; un trabajo apoyado por OSC regionales, basado en la incorporación de los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y que tuvo como uno de sus ejes principales el litigio estratégico.*

### INTRODUCCIÓN

Desde septiembre de 2014, Paraguay cuenta con la Ley de Acceso a la Información número 100 en el mundo. Esta ley fue el fruto del trabajo persistente de varias OSC nucleadas en el Grupo Impulsor de Acceso a la Información (GIAI) durante casi 10 años<sup>528</sup>.

El Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA) fue parte del GIAI desde el inicio y tuvo un rol protagónico.

No sólo fue el encargado de coordinar la redacción del anteproyecto de ley, sino que desde 2007 se abocó al litigio estratégico involucrando en el proceso a OSC de las Américas. Así se llegó al Acuerdo y Sentencia 1306 del 15/10/2013, que dictó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Esa sentencia sostuvo que el derecho de acceso a la información pública (AIP) es un derecho humano siguiendo la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* Claude Reyes vs. Chile del 19/10/2006<sup>529</sup>. El impacto político de la misma tuvo varias ramificaciones y fue un elemento clave para lograr la promulgación de la Ley de AIP.

Esta ley fue concebida a la luz de la Ley Modelo de la OEA<sup>530</sup> e incluye claras disposiciones sobre acceso a la información ambiental en el capítulo de transparencia activa, siguiendo las Directrices de Bali<sup>531</sup>.



Este artículo contará una historia de éxito. Profundizará sobre las estrategias desplegadas por las OSC y la importancia de mantenerlas en el tiempo para conseguir la ley. Además, explicará cómo una sentencia construida en el derecho interamericano de los DDHH influyó en el texto de la ley, en particular, en el procedimiento establecido para acudir a la Justicia ante negativas al AIP; y sobre cómo esta ley es fundamental para implementar iniciativas de gobernanza ambiental en curso destinadas a combatir la deforestación ilegal y fortalecer la aplicación de las leyes ambientales con participación de los gobiernos locales (municipales) en el Paraguay.

527 Gaceta Oficial número 180 del 19 de septiembre de 2014. Disponible en <http://www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&i-d=2549&num=180> [Consulta realizada en marzo de 2015].

528 El GIAI es una coalición sin personería jurídica que originalmente se constituyó con la finalidad de lograr que el Paraguay tuviera una ley de acceso a la información. El GIAI está compuesto por: IDEA, el Centro de Información y Recursos para el Desarrollo (CIRD), el Centro de Estudios Judiciales (CEJ), la Fundación Libre, Semillas para la Democracia (SPD) y la Cátedra de Derecho de la Información de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Asunción.

529 Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf) [Consulta realizada en marzo de 2015].

530 Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2607\\_XL-O-10\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf) [Consulta realizada en marzo de 2015].

531 Disponibles en [http://www.unep.org/civil-society/Portals/24105/documents/Guidelines/GUIDELINES\\_TO\\_ACCESS\\_TO\\_ENV\\_INFO\\_2.pdf](http://www.unep.org/civil-society/Portals/24105/documents/Guidelines/GUIDELINES_TO_ACCESS_TO_ENV_INFO_2.pdf) [Consulta realizada en marzo de 2015].

## 1. Más de una década de idas y vueltas hacia una Ley de Acceso a la Información

La Constitución del Paraguay de 1992 reconoce en forma expresa el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime y que las fuentes públicas de información son libres para todos (Art. 28).

El primer intento de reglamentar esta disposición constitucional se dio a principios de siglo.

El 17 de julio de 2001 entró en vigencia la ley 1.728/01 “De transparencia administrativa”. Esta ley tuvo “*por objeto promover la transparencia de la gestión pública y garantizar el acceso a la información relacionada con los actos administrativos y de gobierno*” (Art. 1).

De inmediato, la reacción de los medios de comunicación se hizo sentir. Las críticas se centraron en las disposiciones permitían negar el AIP previstas en el Art. 6, ya que dejaban “*una cantidad peligrosa de beneficios en manos del Presidente y otros funcionarios esa decisión*”<sup>532</sup>.

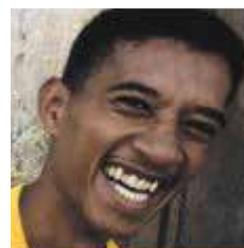
Así, por ejemplo, la ley permitía que se pudiera negar información “*que pudiera perjudicar a la defensa nacional o la seguridad del Estado o a las relaciones internacionales, siempre que existan evidencias suficientes de que puede causar un daño en los ámbitos mencionados y el criterio haya sido específicamente definido en un decreto del Poder Ejecutivo y los documentos estén adecuadamente clasificados de acuerdo con esos criterios*” (Art. 6, inciso b)); o que se tratara “*de informaciones preliminares sobre conductas de funcionarios o sobre hechos de corrupción hasta que concluya la investigación correspondiente*” (Art. 6, inciso k).

Esto es, se dejó en manos del Poder Ejecutivo el establecimiento de criterios discrecionales para limitar el AIP (alguien podría sostener que un caso de corrupción o de grave negligencia que afecte a un Presidente bien podría “afectar la seguridad del Estado” ante las críticas furibundas de la opinión pública) y se blindó la información sobre casos de corrupción (si no se pueden conocer las informaciones preliminares sobre hechos de corrupción dos cosas podrían ocurrir: que los casos de corrupción nunca fueran conocidos por la opinión pública o que la información fuera convenientemente modificada para proteger a los corruptos).

Además, se previó que el solicitante de la información debiera no sólo cubrir el costo de reproducción de la información (Art. 8, inciso a)), sino también “el costo del trabajo del personal administrativo destinado a satisfacer la solicitud, o a la vigilancia de la inspección del documento y de los materiales utilizados para su reproducción” (Art. 8, inciso b)), abriendo la puerta a que el costo de acceder a la información variara según el soporte o la cantidad de personas involucradas en su custodia y de los distintos niveles salariales de esas personas y limitando a la capacidad económica del solicitante, por tanto, la posibilidad de acceder efectivamente a la información requerida.

También se exigió que toda solicitud de información fuera presentada por escrito, con el nombre y apellido del solicitante y su firma (Art. 9). Esto es, requería la identificación precisa de toda persona que solicitara información, la cual, eventualmente, podría generar inconvenientes a algunos funcionarios estatales. Así, de manera sutil, se ponía en juego el atávico temor de la ciudadanía a “ser marcada” y “sufrir represalias” por parte de funcionarios que integraban el aparato del poder en un país que apenas estaba saliendo de una de las dictaduras más largas de América Latina y que, por la lógica en la que discurría la transición, aún cobijaba a muchos funcionarios del viejo régimen.

Para cerrar el círculo, a quien se le hubiera negado la información y hubiera recurrido “*ante el superior jerárquico*” en un trámite no inferior en ningún caso a un mes, o bien, quien considerara que el costo establecido para acceder a la información era excesivo, podía recurrir al Tribunal de Cuentas y transitar, en Asunción (con los costos extras que ello implica para quien vive en el interior), por un procedimiento que, en lo formal, habría durado años (sin contar la eventual apelación ante la Corte Suprema de Justicia) y que estaba sujeto al pago de tasas de justicia.



532

“Ley mordaza” preocupa a periodistas de Nueva York, Diario ABC Color. Disponible en <http://www.sindicatomercosul.com.br/noticia02.asp?noticia=1925> [Consulta realizada en marzo de 2015].

Obviamente, un cóctel de discrecionalidad ilimitada a favor del Poder Ejecutivo, altos costos de acceso, temor ante la posibilidad (real o no, eso es lo de menos) de represalias y una acción judicial larga y que sólo podía ser presentada en Asunción, impedían, en la práctica, toda posibilidad de ejercicio efectivo –real y verdadero- del derecho de AIP.

La presión de la prensa y la ciudadanía hicieron que esta ley fuera una de las que menos vigencia tuvo en la historia legislativa del Paraguay, ya que el 25/09/01 fue derogada (Ley 1779/01).

Esta experiencia dejó sus huellas y marcaría a fuego la discusión futura por una ley de AIP. A mediados de 2004, un grupo de organizaciones de la sociedad civil se juntó para promover nuevamente una ley de AIP y decidieron conformar el GIAI como coalición sin personería jurídica que cuya finalidad era la promoción del derecho de AIP y la incidencia para lograr una ley que lo hiciera efectivo.

Luego de su conformación, el GIAI se abocó a la redacción de un primer borrador de un anteproyecto de ley de AIP, que estuvo listo en marzo de 2005. El proyecto de ley obtuvo rápidamente el apoyo de varios diputados.

Si bien el proyecto contenía excepciones al acceso a la información, ninguna de ellas le daba facultades al Poder Ejecutivo para clasificarla de manera discrecional; asimismo, se estableció la gratuidad de la información y la posibilidad de requerirla en forma verbal; finalmente, se estableció un procedimiento judicial ante cualquier juez de primera instancia de la República con plazos similares a los del juicio de amparo y gratuito.

Esto es, se habían atendido todos los cuestionamientos que había tenido la “ley mordaza” de 2001.

En el mes de mayo de 2006, antes de que tuviera sanción ficta, el Diario ABC Color empezó a cuestionar el proyecto de ley. El mismo día que debía ser tratado, tituló su editorial: “*Proyectan ley para que jueces sean escuderos de los funcionarios públicos*”.

El Diario ABC Color sostuvo<sup>533</sup>:

“El proyecto de ley de acceso a la información pública, con media sanción de la Cámara de Diputados, será *estudiado hoy en el Senado*.”

*Este proyecto pretende regular el artículo 28 de la Constitución (...) El texto del artículo mencionado expresa: “Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas a fin de que este derecho sea efectivo”.*

*El proyecto que se estudia en el Congreso va mucho más lejos que establecer modalidades, plazos y sanciones, se supone que para quien la niegue. Se permite listar el tipo de información que los organismos públicos van a proveer y cuáles se van a reservar, mediante la enumeración de una enorme cantidad de excepciones, **extensa lista de casos que serán extraordinariamente útiles para exonerar a las autoridades de proporcionar información pública, excepciones que otorgarán a jueces y magistrados el poder supremo de “interpretar” lo que más convenga a sus patrones habituales**, teniendo presente que son los políticos en el poder los que manejan al Poder Judicial en asuntos de esta índole.*

*Los medios de prensa mantuvimos y mantenemos siempre el criterio de que la mejor ley de prensa y de información es la que **no está escrita**. Entendemos que en nuestro país, en estas materias, el **texto constitucional es suficientemente claro** y que todo intento por aclararlo más o “hacerlo operable”, bajo el rótulo de la famosa “reglamentación” por vía del Congreso, logrará únicamente oscurecerlo, darles pretextos a las autoridades públicas para eludir sus prescripciones, para corromper a los funcionarios y para proporcionar recursos a los jueces a fin de complacer a los políticos y ganarse ascensos o prebendas. (...)*

*Si un proceso de esa clase terminara alguna vez, será varios años después, cuando la información pretendida haya perdido todo su valor.*

*En un país como el nuestro, jaqueado por la corrupción, antes que poner trabas y reglamentos para el libre acceso a la información pública, se la debe facilitar al máximo, sabiendo que **los únicos que se benefician con el manejo arbitrario de los asuntos públicos son los funcionarios y políticos corruptos y los empresarios cómplices**. (...)*

Resulta claro que ABC no estuvo en contra de disposiciones específicas del proyecto de ley; sino que estuvo en contra de la ley. Cualquier texto hubiera sido objeto de críticas: “Los medios de prensa mantuvimos y mantenemos siempre el criterio de que la mejor ley de prensa y de información es la que no está escrita”.

Tres días después de este editorial, el proyecto de ley de AIP fue rechazado y finalmente archivado.

En una nota publicada por el periódico digital “Iniciativas Ciudadanas”, meses después del archivo del proyecto de ley de AIP, Armando Rivarola, uno de los periodistas más destacados de ABC, sostuvo:

*“No estoy de acuerdo con la sanción de una Ley en este momento en nuestro país por una razón básica muy simple: el problema del acceso a la información en el Paraguay, en particular, no es de naturaleza legal sino institucional. Dadas las condiciones de alta debilidad institucional, una ley será una herramienta que será utilizada en contra de la transparencia, no a favor”, explicó.*

*Argumentó que los funcionarios y las instituciones se escudarán en las excepciones establecidas en la Ley (con razón o sin ella), habrá una alta “judicialización” de los casos concretos; los juicios durarán demasiado tiempo (no importa lo que diga la Ley sobre los plazos, estos no se cumplirán y para cuando terminen los juicios la información ya habrá dejado de ser relevante) y, en muchas ocasiones, los jueces por presión, venalidad o simple ignorancia terminarán interpretando mal el alcance de las excepciones y fallando en contra del acceso a la información, lo que irá generando una jurisprudencia funesta.*

*No objeto el texto del proyecto de ley, que me parece correcto, sobre todo por el artículo que establece que, en caso de dudas, se fallará a favor del acceso a la información, lo que incorpora el principio (clave) de la “interpretación estrecha”.*

*Si quisiéramos recurrir a la Justicia para defender el acceso a la información es posible hacerlo hoy mismo por la vía de la acción de inconstitucionalidad, sobre la base de lo establecido en el artículo 28 de la Constitución: “las fuentes públicas de información son libres para todos” y utilizando la amplia doctrina que ya existe sobre la materia. Es cierto que dicho artículo agrega que “la ley regulará las modalidades..., etc.”, pero hay que alegar que la falta de reglamentación no es razón suficiente para invalidar una disposición legal, mucho menos cuando ésta tiene rango constitucional.*

*Sé que se ha invertido mucho tiempo y dinero en el proyecto de ley, estoy seguro que de buena fe. Pero **estamos en el Paraguay, esta es nuestra realidad, no nos apartemos de ella**”<sup>534</sup>.*

Cualquiera que no viva abstraído de la realidad social y política del Paraguay entenderá que este es un argumento de peso. Lo fue en 2007 y lo sigue siendo unos cuantos años después. Ahora bien, también es un argumento que descarta que las leyes puedan contribuir a generar cambios sociales e institucionales que optimicen las instituciones democráticas y mejoren la calidad de vida de las personas. Por el contrario, la posición del GIAI es que la presión ciudadana y las buenas leyes contribuyen a generar y consolidar esos cambios.

Visto en retrospectiva, el GIAI podría haber hecho mejor su trabajo. No advirtió todas las secuelas que había dejado la ley mordaza de 2001. Le faltó un ejercicio de búsqueda de empatía con quienes se habían opuesto a esa ley. Se creyó que los cambios introducidos en el nuevo proyecto con relación a las falencias que tuvo la ley de 2001 serían suficientes para contrarrestar los miedos y las críticas. No fue así.

Había que empezar de nuevo.

Este nuevo comienzo debería posponer la idea de presentar un nuevo proyecto de ley. El ataque de ABC había sido contra toda ley. Ahora había que demostrar que una ley (una buena ley) era necesaria.

Las organizaciones del GIAI siguieron unidas por un mismo ideal: promover el derecho de AIP y demostrar la necesidad de una ley. Sin embargo, cada una optó por trabajar en pos de ese ideal utilizando sus propias fortalezas y adoptando diversas estrategias; por ejemplo: Trabajar para que los gobiernos municipa-

534 *Opiniones cruzadas sobre la ley de acceso a la información pública.* Disponible en <http://www.cird.org.py/periodico/200703/noticia7.php> [Consulta realizada en marzo de 2015].

les o las dependencias del Poder Ejecutivo promulgaran reglamentos de AIP, optimizar el servicio de información del Poder Judicial, dar charlas para sensibilizar a la población sobre la importancia de este derecho, participar en programas de radio, realizar seminarios con la presencia de expertos, crear portales web con información de interés público y apoyar acciones judiciales contra negativas de instituciones gubernamentales a entregar información pública.

Mientras tanto, poco después del archivo del proyecto de ley, en septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia en el caso *Claude Reyes vs. Chile*<sup>535</sup>. Esta sentencia marcó un hito, ya que por primera vez la Corte IDH se expidió sobre un caso en el que se había invocado el derecho de AIP.

La Corte IDH hizo lugar al planteo de un ciudadano chileno que había solicitado información ambiental a las autoridades de su país y éstas se la habían negado.

La Corte IDH sostuvo que el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos “*ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla (...) sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal*”, entre otras importantes consideraciones.

Con este precedente a nivel interamericano, IDEA, como integrante del GIAI, se propuso difundir este caso y animar a la ciudadanía a realizar solicitudes de AIP, así como patrocinar los reclamos judiciales si los interesados estuvieran dispuestos a llevarlos a la Justicia invocando su doctrina. El propósito era sencillo: Empezar a generar precedentes jurisprudenciales en los que paulatinamente se fuera reconociendo el derecho de las personas a acceder a la información y que de esa manera se fuera cerrando de a poco la posibilidad de que los jueces interpretaran, utilizando palabras de ABC, “*lo que más convenga a sus patrones habituales*” (los políticos).

La estrategia era arriesgada ya que, efectivamente, cabía la posibilidad de que los jueces tuvieran interpretaciones restrictivas al derecho de AIP. Ahora bien, IDEA contaba con abogados con experiencia en litigio estratégico en temas de interés público y la capacidad de buscar asesoramiento internacional si la situación lo requería. Además, se consideró que inclusive en el peor de los casos, esto es, que se perdiera en todas las instancias judiciales nacionales, el precedente sentado por la Corte IDH en *Claude Reyes* abría la posibilidad de llevar algún caso ante instancias internacionales, en las que habría buenas posibilidades de éxito.

Desde un punto de vista institucional y como se trataba de casos de derechos humanos, IDEA buscó la intervención de la Defensoría del Pueblo, cuya función constitucional es la “*defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios*” (Art. 276, Constitución).

La Defensoría del Pueblo carecía de experiencia en litigar casos de derechos humanos e IDEA consideró que esta era una buena oportunidad para que, al igual que el resto de las Defensorías del Pueblo de la región, pudiera empezar a llevar a la Justicia estos casos y se fortaleciera institucionalmente. Así, los abogados de la Defensoría del Pueblo ejercerían la representación institucional y los abogados de IDEA los patrocinarían.

Esta propuesta fue aceptada por el Defensor del Pueblo y así se creó, por medio de la Resolución 160 del 9 de febrero de 2007, el Centro de Acceso a la Información Pública (CAIP).

De inmediato, los abogados de IDEA y los encargados del CAIP empezaron a dar charlas de difusión del derecho de acceso a la información y de los servicios que prestaba el CAIP<sup>536</sup>.

Fruto de ese trabajo, muchos ciudadanos empezaron a realizar solicitudes de AIP. En muchos casos, tuvieron la respuesta esperada; en otros, no.

535 Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf) [Consulta realizada en marzo de 2015].

536 Los servicios del CAIP pueden consultarse en la web de la Defensoría del Pueblo [http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/acceso\\_informacion/acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_publica.htm](http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/acceso_informacion/acceso_a_la_informacion_publica.htm). Allí también se encuentra el formulario modelo de solicitud de información. Este es el modelo que usaron los protagonistas de los casos más emblemáticos decididos por la Justicia.

Entre quienes no tuvieron respuesta, hubo casos de gente que prefirió no insistir con los reclamos; pero también unas cuantas personas quisieron intentar la vía judicial.

De los casos presentados ante la Justicia, los más relevantes son dos: Los de los señores Félix Picco Portillo y Daniel Vargas Télles.

En todos los casos en los que la administración central o municipal no estaba dispuesta a entregar la información, simplemente no contestaba las solicitudes de información.

Así, el primer obstáculo a superar era el de darle consecuencias jurídicas a ese silencio. El Paraguay carece de una ley de procedimientos administrativos lo cual hace que, entre otras cosas, no se cuente con un plazo legal genérico para considerar que el silencio de la administración equivale a una negativa ficta (Art. 40, Constitución<sup>537</sup>).

En consecuencia, lo primero que había que hacer era interponer acciones de amparo de pronto despacho obligando a las dependencias públicas a que contestaran en un plazo fijado por la Justicia, bajo apercibimiento de que el silencio sería considerado como una negativa ficta que habilitaría a plantear la cuestión de fondo (el AIP) ante el Poder Judicial.

Los casos de Félix Picco Portillo y Daniel Vargas Télles fueron similares. Vargas Télles solicitó el 4/05/2007 al entonces Intendente de San Lorenzo “copia impresa de la cantidad de empleados contratados y nombrados con sus nombres y apellidos, puestos de trabajo y salarios respectivos”.

Ante el silencio de la Municipalidad, el señor Vargas Télles solicitó al CAIP iniciar una acción judicial para obtener una respuesta y así se procedió. Cuando la Municipalidad contestó la demanda se negó a entregar la información aduciendo que si así lo hiciera estaría “violando” el Art. 33 de la Constitución (derecho a la intimidad). Los abogados de la Municipalidad sostuvieron: “*En el presente caso, se quiere indagar, SIN EXPLICAR EL MOTIVO, cuestiones que afectan directamente a los funcionarios municipales en su “INTIMIDAD PERSONAL”. La Municipalidad no puede violar la intimidad de sus funcionarios concediendo informaciones que podrían ser empleadas en perjuicio de los mismos. ¡Qué le importa a un tercero particular, el sueldo de un empleado, qué función realiza, qué lugar está destinado!!*” (sic).

La solicitud de AIP realizada por Daniel Vargas fue comentada en una de las tantas charlas brindadas por el CAIP e IDEA y, de inmediato, el señor Picco Portillo, integrante del grupo de vecinos “Ciudadanos Lambareños”, quiso hacer la misma solicitud al entonces Intendente de Lambaré.

Esta Municipalidad tampoco contestó. El señor Picco Portillo también solicitó al CAIP iniciar una acción de amparo de pronto despacho. La Municipalidad no contestó la demanda y tampoco se expidió luego de vencido el plazo que el juez le había dado para hacerlo.

Ante la negativa expresa de la Municipalidad de San Lorenzo y la ficta de la Municipalidad de Lambaré, se iniciaron sendos juicios de amparo, esta vez invocando el menoscabo al derecho fundamental de AIP y la doctrina del caso Claude Reyes.

En ambos juicios, los jueces de primera instancia rechazaron el amparo sin decidir sobre la cuestión de fondo sino sosteniendo que la vía procesal elegida no era la adecuada porque se trataba de la impugnación de actos administrativos de alcance particular que debían, en su caso, ser cuestionados ante el Tribunal de Cuentas por medio de la acción contencioso administrativa.

La decisión de reclamar el derecho de AIP por la vía del amparo se había tomado por dos motivos: 1) Resultaría incompatible con la naturaleza de este derecho tener que transitar por la vía de la acción contencioso administrativa, ya que ésta era una acción ordinaria cuyo trámite podía durar años, lo cual era incongruente con la relativa inmediatez que exige una satisfacción razonable del derecho de AIP; 2) Si el Poder Judicial no iba a dar la protección adecuada al derecho menoscabado, entonces era preferible que se agotaran lo más pronto posible los procedimientos internos para poder acudir, entonces, a la instancia interamericana.

537 Constitución: Art. 40.- Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tienen derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo.

Luego de las apelaciones, el caso del señor Picco Portillo quedó en manos de la Sala 3<sup>ra</sup> del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Asunción; y el del señor Vargas Télles, de la Sala 5<sup>a</sup> del mismo Tribunal. En el caso de la Municipalidad de Lambaré sus abogados habían apelado la sentencia de primera instancia, disconformes con el hecho de que las costas hubieran sido impuestas en el orden causado. Querían que la Defensoría del Pueblo o el mismo solicitante de la información pagaran los gastos del juicio y sus honorarios. La intención de amedrentar para evitar futuros reclamos de acceso a la información era evidente.

El 2/05/2008, la Sala 3<sup>ra</sup> del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Asunción dictó la S.D. número 51 y marcó el primer gran hito al reconocer el carácter de derecho fundamental del AIP, ahondar sobre sus fundamentos y características y dejar en claro que era un derecho exigible por la vía sumarísima del juicio de amparo.

Esta sentencia tuvo mucha repercusión no sólo en el Paraguay<sup>538</sup> sino a nivel internacional<sup>539</sup>. De hecho, su importancia fue resaltada tiempo más tarde en el *Informe 2010 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de la Organización de Estados Americanos*<sup>540</sup>.

Los pasajes más relevantes de la S.D. número 51 son los siguientes:

En cuanto a la procedencia de la acción de amparo: *“el derecho a la información, como derecho fundamental, no toleraría, por su propia índole la dilación que procedente de un litigio contencioso –si hubiere una vía tal, que estimamos no hay-. En estas circunstancias, no existen, como lo afirma la demandada, medidas cautelares adecuadas que preserven el derecho en toda su integridad, puesto que la información, al ser denegada ilegítimamente, vulnera per se y con carácter de inmediatez la órbita de derechos del individuo. La urgencia se configura cuando el remedio que la vía pertinente ofrece no es capaz de reparar el daño causado o reestablecer el derecho lesionado sin que se produzca una pérdida irrecuperable. Dicho esto, podemos concluir que no existen, en el presente caso, vías administrativas previas o paralelas que tengan la entidad suficiente como para preservar el contenido sustancial del derecho denegado Así pues, esta razón para el rechazo de la acción debe ser desestimada”.*

En cuanto al derecho de AIP, sostuvo: *“La incorporación del derecho a la información en el catálogo de los derechos fundamentales del ser humano es relativamente reciente”. Asimismo, que “este derecho encuentra su justificación en el derecho más genérico, esencial a las democracias deliberativas y participativas, de formar libremente las opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos; contribuye a la formación de la opinión propia y la pública, que está estrechamente ligada al pluralismo político. Se constituye así en un instrumento esencial de los asuntos que cobran interés en la vida ciudadana y colectiva, y que condiciona la participación en el manejo de ‘lo público’, es decir, el sistema de relaciones e interrelaciones que constituyen la trama básica de sustento de la convivencia democrática”.*

La alegría que causó esta decisión duró poco. El 16/07/08, la Sala 5<sup>a</sup> del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Asunción falló en el caso de Daniel Vargas Télles, a través del Acuerdo y Sentencia número 78.

Veintidós escuetos renglones bastaron para exponer los motivos del rechazo de la apelación: *“El amparo fue denegado por el A-quo. El Art. 40 de la Constitución Nacional establece que el derecho a peticionar a las autoridades es un derecho (sic), pero, debe hacerse “según las modalidades que la ley determine”. La propia Constitución Nacional establece que el límite a ese derecho debe estable-*

538 *Fallo histórico a favor de la información.* Nota de tapa del Diario ABC Color en su edición del viernes 16 de mayo de 2008. Disponible en <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/fallo-historico-a-favor-de-la-informacion-1067089.html>. [Consulta realizada en marzo de 2015].  
*Mediante amparo judicial acceden a documentos municipales de Lambaré.* Nota publicada en la edición impresa del sábado 17 de mayo de 2006. Disponible en <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/interior/mediante-amparo-judicial-acceden-a-documentos-municipales-de-lambaré-1067263.html> [Consulta realizada en marzo de 2015]. Inclusive fue una noticia destacada en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia: *Cámara de Apelación falló a favor del derecho a la información.* Disponible en <http://www.pj.gov.py/notas/1473-camara-de-apelacion-fallo-a-favor-del-derecho-a-la-informacion> [Consulta realizada en marzo de 2015].

539 Ver, por ejemplo, *ARTICLE 19 celebra dos decisiones judiciales que reconocen el acceso a la información pública como derecho humano fundamental.* Disponible en [https://ifex.org/paraguay/2008/05/30/article\\_19\\_celebrates\\_judicial/es/](https://ifex.org/paraguay/2008/05/30/article_19_celebrates_judicial/es/) [Consulta realizada en marzo de 2015]; o *COURTS RECOGNISE ACCESS TO INFO AS HUMAN RIGHT* [http://www.ifex.org/paraguay/2008/06/03/courts\\_recognise\\_access\\_to\\_info/](http://www.ifex.org/paraguay/2008/06/03/courts_recognise_access_to_info/) [Consulta realizada en marzo de 2015].

540 Ver Capítulo IV “Buenas Prácticas Judiciales en Materia de Acceso a la Información en América”, página 313, puntos 34 y 35. Este Informe está disponible en [http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA\\_2010\\_ESP.pdf](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf) [Consulta realizada en marzo de 2015].

*cerse por ley. Y, la Ley 1682/00 en sus artículos 4 y 5 y su modificatoria la ley 1969/02, establecen que estos datos solicitados, cuando se refieran al patrimonio, debe tener la autorización del afectado. El hecho de pedir datos de los sueldos de terceras personas tiene su contrapeso jurídico en el derecho constitucional a la intimidad, por tanto, al condicionar la ley a la autorización de los afectados, la petición realizada vía amparo constitucional es improcedente al no adecuarse al Art. 134 en la parte que dice que se vea afectado por un acto “manifiestamente ilegítimo”. La denegación por parte de la Municipalidad de San Lorenzo de proveer dicha información se ajusta estrictamente a la Constitución Nacional y la 1682/00. Por otra parte no ha referido cual es el daño que le ocasiona la falta de provisión de dichos datos al peticionante. Al faltarle el primer requisito mencionada es suficiente para confirmar el rechazo del amparo, por tanto, debe confirmarse la S.D. N° 105 de fecha 13 de marzo de 2008, con costas, a la parte perdidosa”.*

Contra esta decisión sólo cabía la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, no estaba del todo clara la legitimación activa de la Defensoría del Pueblo para interponer esta acción, ya que no estaba expresamente previsto en la Ley 631/95 “Orgánica de la Defensoría del Pueblo” que pudiera interponérsela.

Se elaboró un argumento para sortear este inconveniente, se habló con el Defensor del Pueblo y él decidió realizar personalmente la presentación ante la Corte Suprema de Justicia. Sería la primera vez que el Defensor del Pueblo se presentaba ante la máxima instancia judicial de la República.

Para redactar el escrito de la acción de inconstitucionalidad, IDEA buscó la intervención del fundador de la Cátedra de Derecho de la Información de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Asunción, el Dr. Benjamín Fernández Bogado, y a quien lo sucedió y todavía hoy es su titular, el Dr. José María “Pepe” Costa, quienes accedieron a patrocinar al Defensor del Pueblo *ad honorem*. Junto con ellos, la Dra. Sheila Abed y quien suscribe propusimos un texto al Defensor, quien no tuvo reparos y así, el 5/10/2008, se la presentó ante la Corte Suprema de Justicia.

Al poco tiempo, la acción fue formalmente aceptada y el entonces presidente de la CSJ solicitó que el caso fuera resuelto por el pleno de la Corte.

Recién en junio de 2011 se hizo saber a las partes la integración definitiva de la Sala Constitucional y desde ese entonces la causa estuvo lista para que se dictara sentencia en cualquier momento.

Mientras tanto, la Municipalidad de San Lorenzo había contestado la demanda, oponiendo previamente las excepciones de falta de acción y de falta de legitimación activa. El Ministerio Público había emitido su dictamen sosteniendo que la Defensoría del Pueblo no había atacado la constitucionalidad del fallo de primera instancia y que por eso correspondía el rechazo de la demanda.

En febrero de 2010, la Corte había convocado a los Amigos del Tribunal<sup>541</sup> que quisieran presentarse. De hecho, varias organizaciones internacionales ya habían manifestado informalmente su intención de presentarse cuando se enteraron que este caso sería resuelto por la CSJ<sup>542</sup>, ya que este era uno de los primeros casos en llegar a una Corte Suprema americana en el que “testearía” la fuerza del Caso Claude Reyes. El interés era saber si el precedente de Claude sería tenido en cuenta y seguido por las Cortes Supremas o si, por el contrario, las casos deberían terminar en el Sistema Interamericano.

Se presentaron como “Amicus Curiae” el Open Society Justice Initiative y también, varias organizaciones integrantes de la Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, una coalición americana de organizaciones que trabajan promoviendo la libertad de expresión y el acceso a la información. A las presentaciones de OSI-JI y de la Alianza Regional se adhirieron las organizaciones paraguayas que integraban el GIAI: El Centro de Estudios Judiciales, el Centro de Información y Recursos para el Desarrollo y Semillas para la Democracia<sup>543</sup>.

541 La figura del “Amicus Curiae” o “Amigo del Tribunal” se encuentra reglamentada por la Acordada de la Corte Suprema de Justicia número 479 del 9 de octubre de 2007.

542 Ver, por ejemplo, Un juicio sobre el acceso a datos públicos atrae a juristas de EEUU. Nota publicada en la edición impresa del Diario Última Hora del domingo 14 de junio de 2009. Disponible en <http://www.ultimahora.com/un-juicio-el-acceso-datos-publicos-atrae-juristas-eeuu-n229837.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

543 Obviamente, IDEA no lo hizo ya que dos de sus integrantes de entonces, Sheila Abed y Ezequiel Santagada eran los abogados patrocinantes. Tampoco la Fundación Libre, ya que el Dr. Benjamín Fernández Bogado la presidía.



Desde mediados de 2009, IDEA había empezado a redactar un nuevo anteproyecto de ley de AIP, como un ejercicio académico que permitiera ir generando de a poco los consensos necesarios que irían facilitando la presentación de un nuevo proyecto de ley.

El inicio de la redacción del nuevo anteproyecto de ley se dio con un contexto muy diferente al de 2005. La Corte IDH ya había fallado en el caso Claude Reyes. En el Paraguay ya había algunos precedentes judiciales que habían empezado a delinear los contornos pretorinos del derecho de AIP. En la región, Chile y Uruguay ya contaban con leyes de AIP y Brasil había empezado la

discusión parlamentaria con un proyecto de ley presentado por el entonces Presidente Lula Da Silva. El Comité Jurídico Interamericano ya había elaborado los “*Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*” (CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08))<sup>544</sup> y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos acababa de encomendarle la elaboración de una Ley Modelo de Acceso a la Información (esta Ley Modelo fue finalmente adoptada en la Asamblea General de 2010).

De todos modos, aún restaba generar algunos consensos. Se trabajó primeramente en un documento que sirviera como disparador de la discusión. El nuevo texto debía explicitar los estándares internacionales. Además, aún restaba saber cómo fallaría la Corte en el caso de Daniel Vargas Télles.

Ahora bien, se sabía que había dos temas espinosos: la inclusión de excepciones y la creación de un “órgano garante”.

En 2010 se tuvo una primera versión que fue circulada con algunos políticos y periodistas. Inclusive, a principios de noviembre de ese año, un grupo de legisladores estuvo interesado en presentar esa versión. De inmediato, ABC Color le dio destaque, calificó al proyecto como una iniciativa que “*pretende imponer límites a la tarea periodística*” y, por supuesto, esa presentación se aplazó<sup>545</sup>.

El GIAI no lo tomó como un revés porque lo que había buscado al circular el anteproyecto de ley era empezar a recabar opiniones y buscar consensos, no que fuera presentado formalmente al Congreso, ya que entendía aún no estaban dadas las condiciones.

En septiembre de 2011, el GIAI hizo público que volvería a insistir con una ley de acceso a la información, pero sólo después de que se hubieran generado los consensos necesarios<sup>546</sup>.

Hubo varias reuniones con periodistas, entre ellos, algunos de quienes habían manifestado públicamente su rechazo a una ley de AIP.

Fruto de esas reuniones, **al GIAI le quedó claro que una ley que tuviera excepciones sería resistida nuevamente por ABC. El argumento era práctico, no jurídico:** Si una ley de AIP explicitara las excepciones, eso podría ser interpretado por los funcionarios públicos como una prohibición absoluta de facilitar la información abarcada por las excepciones, inclusive en los casos en los que se les garantizara el anonimato bajo la garantía del secreto de las fuentes. El temor era que los funcionarios interpretaran las excepciones a su antojo.

Al GIAI le pareció razonable este argumento; además, las excepciones ya estaban contempladas en otras normas legales, por ejemplo: los artículos 84 a 86 y 91 de la Ley 861/96 “De bancos, financieras y otras entidades de crédito”; los artículos 322 a 326 de la Ley 1268/98 “Código Procesal Penal”, los artículos 12 y 13

544 Documento disponible en [http://www.oas.org/cji/CJI-RES\\_147\\_LXXIII-O-08.pdf](http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf) [Consulta realizada en marzo de 2015].

545 Ver, por ejemplo, las siguientes notas periodísticas: <http://www.abc.com.py/nota/sondearon-de-vuelta-sobre-ley-de-informacion/>; <http://www.abc.com.py/nota/vuelven-a-presentar-proyecto-de-ley-para-regular-informacion/>; <http://www.abc.com.py/nota/aplazan-presentacion-de-proyecto-de-ley-de-prensa/>; <http://www.abc.com.py/nota/a-favor-de-la-prensa-dicen/> [Consulta realizada en marzo de 2015].

546 Insistirán sobre la ley de acceso a la información. Nota publicada en ABC Color el 8 de septiembre de 2011. Disponible en <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/insistiran-sobre-la-ley-de-acceso-a-la-informacion-305446.html> [Consulta realizada en marzo de 2015]. ¿Por qué es necesaria la ley de acceso a la información? nota publicada en la edición digital de ABC Color del 7 de septiembre de 2011. Disponible en <http://www.abc.com.py/nacionales/por-que-es-necesaria-la-ley-de-acceso-a-la-informacion-304835.html> [Consulta realizada en marzo de 2015]. En esta nota, ABC destaca que “*Actualmente, el Instituto de Derecho y Economía Ambiental (en realidad, el GIAI) recoge puntos de vista de varios sectores de la sociedad para impulsar un proyecto a nivel nacional*”.

de la Ley 1337/99 “De defensa nacional y seguridad interna”; los artículos 23 y 71 de la Ley 1630 “De patentes e invenciones”; el artículo 4 de la Ley 1682/01 con la reforma de la Ley 1969/02 “Que reglamenta la información de carácter privado”; o los artículos 27 a 29 de la Ley 1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia”.

Así, por introducir reiteraciones, carecía de sentido que las excepciones estuvieran detalladas en la ley de AIP. Más aún, si esas reiteraciones no respetaban el mismo lenguaje de las normas que ya contemplan las excepciones, podría generarse un caos interpretativo que podría ser utilizado para aplicar de manera amplia las excepciones.

El otro punto de preocupación era la creación de un órgano garante. Si bien este órgano funciona muy bien en México y en Chile, en Paraguay difícilmente su conformación estaría exenta de influencias políticas y esa era otra objeción fundada. Además, en México los órganos garantes gozan de una autonomía establecida en su Constitución<sup>547</sup>, lo que en Paraguay no podría ocurrir sin una enmienda o reforma constitucional.

El GIAI hizo suyas estas preocupaciones y modificó su anteproyecto de ley eliminando las excepciones y la creación de un órgano garante.

El texto final del anteproyecto de ley del GIAI reflejó el intento de elaborar una norma que contemplara todos y cada uno de los estándares internacionales en materia de AIP.

Con el propósito de despejar cualquier atisbo de duda sobre la finalidad del proyecto y para conjurar cualquier interpretación posterior que pudiera pretender utilizar las disposiciones de la ley de AIP como una herramienta que pudiera menoscabar la libertad de expresión, en el Art. 2 se previó que ninguna disposición de esa norma podría ser entendida o utilizarse para negar, menoscabar o limitar la libertad de expresión, la libertad de prensa o la libertad de ejercicio del periodismo.

Se consagró el principio de máxima publicidad de la información que obra en poder del Estado (Art. 4), poniendo en cabeza de éste probar que la información está sujeta a una excepción (Art.5). Se estableció que no era necesario motivar la solicitud (Art. 6) y se garantizó la gratuidad en el acceso a la información (Arts. 7 y 18).

Se estableció que toda repartición pública, de cualquier poder del Estado, centralizada o descentralizada, inclusive los gobiernos locales (Gobernaciones y Municipalidades) serían fuentes públicas de información. Asimismo, se previó la forma en la que los representantes y funcionarios paraguayos de las entidades binacionales deberían facilitar el ejercicio del derecho de las personas a solicitar y recibir información pública (Art. 8).

Se previó la información mínima que toda repartición pública debía tener a disposición del público (Art. 9) y se precisó la información mínima que debe generar cada poder del Estado (Arts. 10 a 12).

A fin de evitar interpretaciones locales que menoscabaran el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información se previó que las únicas excepciones admisibles fueran las previstas en el Artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Ley 1/89) y teniendo en cuenta los estándares y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH.

Para toda la información que obrara en poder del Estado y que por cualquier motivo no estuviera disponible al público en un portal web, se previó un procedimiento sencillo de acceso a esa información y recursos administrativos y judiciales rápidos ante casos de divergencias (Arts. 14 a 25).

Se establecieron sanciones de suspensión y hasta destitución e inhabilitación para los funcionarios que, por incumplir con la ley, menoscabaran individual o colectivamente el derecho de AIP, para quienes no fundamentaran adecuadamente una negativa de acceso a la información y para quienes injustificadamente negaran la entrega de información (Art. 38 y 39).

Asimismo, se establecieron mecanismos de cumplimiento compulsivo de las decisiones que ordenen la entrega de información pública (Art. 40).

---

<sup>547</sup> Art. 6, párrafo 4to, apartado A), inciso IV) de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos: “Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa de gestión y de decisión”.

Ya durante 2012, esta última versión del anteproyecto de ley fue nuevamente circulada entre periodistas, académicos y políticos.

Al poco tiempo ocurrió el juicio político al expresidente Lugo y era evidente que no estaban dadas las condiciones para plantear aún la presentación del anteproyecto del GIAI. Durante la primera parte de 2013, la atención pública estuvo centrada en las elecciones presidenciales, primero y en la transición, después.

Inmediatamente después de las elecciones, la Secretaría Nacional Anticorrupción (SENAC), que había sido creada en noviembre de 2012, tomó la iniciativa de analizar la viabilidad de presentar un proyecto de ley de AIP y transparencia<sup>548</sup>.

En el mes de junio, el GIAI, junto con la SENAC, “presentó en sociedad” el anteproyecto de ley de AIP<sup>549</sup>. El inicio de un nuevo gobierno constitucional parecía un momento oportuno para plantear que en el Paraguay se debatiera sobre la necesidad de una ley como esta.

Ni bien asumieron los legisladores electos para el período 2013-2018, el Diario Última Hora solicitó la nómina de los funcionarios y contratados de la Cámara de Diputados, con el detalle de sus remuneraciones.

El presidente de la Cámara de Diputados, con el apoyo de algunos funcionarios, se negó a entregar esa información aduciendo que si lo hiciera violaría el derecho a la intimidad de los trabajadores.

El Diario Última Hora, publicó el 29 de septiembre la lista de algunos de los funcionarios de la Cámara de Diputados<sup>550</sup>.

Los diputados reaccionaron y aprobaron el 8 de octubre una Resolución para denunciar penalmente la filtración de esa información, alegando la violación del sistema informático del Ministerio de Hacienda<sup>551</sup>.

La indignación ciudadana que esto despertó no tuvo precedentes. Las redes sociales explotaron. La noticia fue tapa de todos principales diarios del país.

El 10 de octubre, el Presidente Cartes afirmó que “*lo público, es público*”<sup>552</sup>. Ese mismo día, un grupo de Senadores hizo suyo el anteproyecto de ley del GIAI y lo presentaron formalmente en el Senado<sup>553</sup>.

El punto culminante llegó el 15 de octubre, cuando la Sala Constitucional de la CSJ, integrada por el pleno de los Ministros, dictó el Acuerdo y Sentencia 1306 y resolvió el caso de Daniel Vargas Télles<sup>554</sup>. El fallo fue leído en la sala de audiencias de la Corte, pasado el mediodía y con una gran cantidad de canales de televisión y radios transmitiendo en vivo.

La historia había cambiado. La prensa habló de una “primavera informativa”<sup>555</sup>.

La Corte, de manera unánime, hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo en representación de Daniel Vargas Télles y, acto seguido, ordenó publicar la lista completa de todos los funcionarios y contratados que prestaban servicio en el Poder Judicial.

---

548 *En busca de una ley de acceso a la información.* Nota publicada en ABC Color como especial de fin de semana el 3 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.abc.com.py/especiales/fin-de-semana/plantearan-ley-de-acceso-a-la-informacion-publica-567883.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

549 *Organizan conferencia de acceso a la información pública.* Nota publicada en ABC Color el 25 de junio de 2013. Disponible en <http://www.abc.com.py/nacionales/organizan-conferencia-de-acceso-a-la-informacion-publica-588456.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

550 *Funcionarios que evitan la entrega de informes tienen jugosos salarios.* Nota publicada en el Diario Última Hora el día 29 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ultimahora.com/funcionarios-que-evitan-la-entrega-informes-tienen-jugosos-salarios-n726888.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

551 *Diputados castigarán a los que filtran del Congreso.* Publicado en el portal HOY, del Grupo Multimedia, el día 8 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.hoy.com.py/nacionales/diputados-castigaran-a-los-que-filtran-datos-sobre-sus-parientes-contratado> [Consulta realizada en marzo de 2015].

552 *Presidente afirma que “lo público, es público” y apoya transparencia.* Nota publicada en ABC Color el 10 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/presidente-afirma-que-lo-publico-en-publico-y-apoya-la-transparencia-626775.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

553 *Senadores proponen libre acceso a la información para la ciudadanía.* Nota publicada en ABC Color el 11 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/senadores-proponen-libre-acceso-a-la-informacion-para-la-ciudadania-627166.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

554 El fallo completo se encuentra disponible en <http://www.pj.gov.py/contenido/945-informacion-publica/945> [Consulta realizada en marzo de 2015].

555 *Las victorias de la indignación ciudadana.* Nota de opinión publicada en el Diario Última Hora el día 19 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.ultimahora.com/las-victorias-la-indignacion-ciudadana-n732813.html> [Consulta realizada en marzo de 2015].

Para fallar a favor de Daniel Vargas la Corte se basó en lo dispuesto en el Art. 28 de la Constitución en cuanto reconoce el derecho fundamental de AIP y sostuvo que para determinar sus alcances debía tenerse en cuenta lo resuelto por la Corte IDH en el caso Claude ya que, en primer lugar, esa interpretación debía considerarse porque se trata del “*máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención (Pacto de San José de Costa Rica), siendo en consecuencia lógico y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia*” puesto que ello “*permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por incumplimiento de los principios de la Convención que comprometerían su responsabilidad internacional*”; y porque, además, en segundo lugar, esa interpretación “*se ajusta plenamente a nuestro régimen constitucional, caracterizando con precisión los alcances y condiciones de aplicación del derecho de acceso a la información, criterios que son igualmente aplicables en la República del Paraguay*”.

Reconocido que el derecho de AIP debía interpretarse de acuerdo a lo establecido en el caso Claude, la Corte analizó si la solicitud de AIP que había realizado Daniel Vargas Télles se adecuaba a esa interpretación.

La Corte encontró que sí, ya que el conflicto entre el derecho de AIP y la intimidad de las personas, en lo que a salarios de los funcionarios públicos se refiere, se encontraba adecuadamente ponderado y regulado en la Ley 1682/01 (texto según Ley 1969/02) y esa regulación se adecuaba al régimen de excepciones de la Convención.

Así, sostuvo que dicha ley distinguía entre datos personales públicos y datos personales privados. Que dentro de estos últimos hay datos sensibles y datos patrimoniales. Que los datos sensibles protegen el ámbito de intimidad de las personas. Que los datos patrimoniales pueden darse a conocer cuando consten en “fuentes públicas de información”.

La Corte sostuvo que “*al no haber disposición legal que defina lo que es una “fuente pública de información” y al estar los jueces obligados a juzgar aún en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes (Art. 6, Código Civil), debe realizarse una interpretación judicial*”.

Así, interpretó que las fuentes públicas de información son “*los tres poderes que ejercen el gobierno del pueblo (...) o, más precisamente, los documentos que están en su poder*”.

De esta manera, concluyó que “*como la información sobre el sueldo de los funcionarios del Estado necesariamente debe constar en alguna de sus dependencias, se trata de un dato personal patrimonial que puede ser publicado o difundido*”.

En suma, la Corte incorporó los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y con eso condicionó una futura regulación legal del derecho de acceso a la información. O sea, fijó los límites de lo que **podría** contener o no una futura ley de AIP y de lo que **debería** contener.

Así, la caracterización como derecho humano del AIP, la presunción de que toda la información que obra en poder del Estado es pública, la innecesidad de motivar las solicitudes de acceso a la información y su gratuidad, un régimen legal estricto y limitado de excepciones que sea razonable en una sociedad democrática, la obligación del Estado de fundar y de probar que el daño que se produciría divulgando cierta información sería mayor que el mantenerla en reserva, que ante la duda deba favorecerse el acceso, entre otros, son cuestiones que necesariamente debían a partir de entonces estar previstas en una ley de AIP; y con algunas modificaciones al anteproyecto del GIAI, todas ellas están razonablemente atendidas en la Ley 5282/14 de AIP.

Esta Ley también incluye disposiciones específicas sobre acceso a la información ambiental que, en conjunto con las disposiciones generales, permiten afirmar que cumplen de manera razonable con las Directrices de Bali en materia de acceso a la información.

Respecto de la directriz 1, el Art. 4 de la Ley establece: “*Cualquier persona, sin discriminación de ningún tipo, podrá acceder a la información pública, en forma gratuita y sin necesidad alguna de justificar las razones por las que formulan su pedido (...)*”.

Respecto de las directrices 2, 4 y 5, el Art. 10 de la Ley establece que “*El Poder Ejecutivo debe mantener actualizada y a disposición del público de manera informatizada, una base de datos que contenga: (...) i) Declaraciones de impacto ambiental, planes de manejo, planes de cambio de uso de suelo, planes de reforestación; concesiones y permisos de aprovechamiento de los recursos hídricos; y todos los demás*

*actos administrativos que otorguen derechos de aprovechamiento de los recursos naturales, cualquiera que sea la repartición pública que los expida; j) Un informe anual sobre el estado y la calidad de los elementos del medio ambiente, tales como las aguas, el aire, el suelo, las áreas silvestres protegidas, la fauna, la flora, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y medidas que los hayan afectado o puedan afectarlos; (...)*”.

Respecto de la Directriz 3, el Art. 22 de la Ley establece: *“La información pública reservada es aquella que ha sido o sea calificada o determinada como tal en forma expresa por la ley”*.

En cuanto a la Directriz 6, la misma podría considerarse atendida con lo establecido en el Art. 25: *“Si de los fundamentos del escrito de interposición de la acción o en cualquier otro momento del proceso resultare, a criterio del Juzgado, la necesidad de su inmediata actuación, este dispondrá, con carácter provisional, las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente negados o menoscabados”*.

Finalmente, en cuanto a la Directriz 7, está atendida parcialmente con lo establecido en el Art. 7 de la Ley: *“Las fuentes públicas deberán capacitar, actualizar y entrenar en forma constante a los funcionarios encargados de la oficina, para optimizar progresivamente la aplicación de las disposiciones de la presente ley”*.

Un tema aparte es la acción judicial a la que se puede acudir en casos de respuestas negativas a solicitudes de AIP.

El Art. 19 establece que *“Solo se podrá negar la información pública requerida mediante resolución fundada, la que deberá ser dictada por la máxima autoridad de la fuente pública requerida, quien expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión”*.

Esto es, la negativa debe expresarse en un acto administrativo no sujeto a recurso jerárquico. Por regla general, este tipo de actos administrativos sólo son atacables ante la Justicia por la vía de la acción contencioso-administrativa prevista en la Ley 1462/35, la cual se tramita ante el Tribunal de Cuentas.

Sin embargo, el Art. 23 establece que *“En caso de denegación expresa o tácita de una solicitud de acceso a la información o de cualquier otro incumplimiento de una repartición pública con relación a las obligaciones previstas en la presente ley, el solicitante, haya o no interpuesto el recurso de reconsideración, podrá, a su elección, acudir ante cualquier Juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar de su domicilio o en donde tenga su asiento la fuente pública”*.

Así, resulta claro que la Ley 5282/14 ha dejado de lado la acción contencioso-administrativa como medio de cuestionar las negativas al AIP, ya que ésta acción sólo puede ser interpuesta ante el Tribunal de Cuentas.

Ahora bien, la ley no ha contemplado un procedimiento específico y esto deberá ser objeto de interpretación judicial. Sin embargo, el hecho de que haya establecido que puede acudirse ante cualquier juez de primera instancia, que el plazo para interponer la acción es de sesenta días (Art. 24) y que en el Art. 25, que trata sobre medidas de urgencia, se refiera a *“las medidas que correspondieren en amparo del derecho o libertad presuntamente negados o menoscabados”*, sumado a la naturaleza del derecho en cuestión, en los términos en los que ha sido interpretado por la CSJ en el Acuerdo y Sentencia 1306, permiten inferir que el legislador tuvo en mente un procedimiento sumarísimo, tal vez el del amparo, que estaba expresamente indicado en el anteproyecto del GIAI.

Finalmente, no puede dejar de tenerse en cuenta que en los dictámenes de Comisión previos al tratamiento del proyecto de ley de AIP en el Senado se barajaba la idea de que la acción judicial fuera la contencioso-administrativa y que las modificaciones que finalmente se plasmaron en el texto de la ley (volviendo a una redacción similar a la del anteproyecto del GIAI) tuvieron por finalidad impedir que eso ocurriera. Si bien faltó claridad en la redacción, la intención de regular un procedimiento judicial breve estuvo inspirada en la propia naturaleza del derecho regulado y en la doctrina que fijó la CSJ en el caso Vargas Télles.

## 2. Algunas consideraciones preliminares sobre el impacto de la Ley de AIP en la gobernanza ambiental

Todavía es prematuro hacer afirmaciones sobre el impacto que esta ley tendrá en la gobernanza ambiental del Paraguay.

Desde un punto de vista estrictamente formal parece obvio sostener que es mejor tener esta ley que no tenerla, sobre todo porque, como hemos visto, se adecua razonablemente a las Directrices de Bali en materia de AIP. Sin embargo, que sus disposiciones se cumplan y se apliquen dependerá de la voluntad política y de cómo esa voluntad se refleje en partidas presupuestarias que la materialicen.

De todos modos, ya se encuentran en marcha iniciativas que permiten ver el futuro con moderado optimismo.

Aprovechando que, según lo previsto en el Art. 10 de la Ley 5282/14, las declaraciones de impacto ambiental, los planes de manejo y planes de cambio de uso de suelo deben estar actualizados y a disposición del público de manera informatizada en una base de datos mantenida por el Poder Ejecutivo (y las instituciones que de él dependen, se entiende), IDEA y la Asociación Guyra Paraguay, con la venia de la Secretaría del Ambiente (SEAM), se encuentran digitalizando las DIA y los planes del Alto Paraguay, la región en la que se están verificando las más altas tasas de deforestación.

El propósito es que esa información se encuentre a disposición de cualquier interesado para poder controlar que las condiciones establecidas en esos documentos se cumplan.

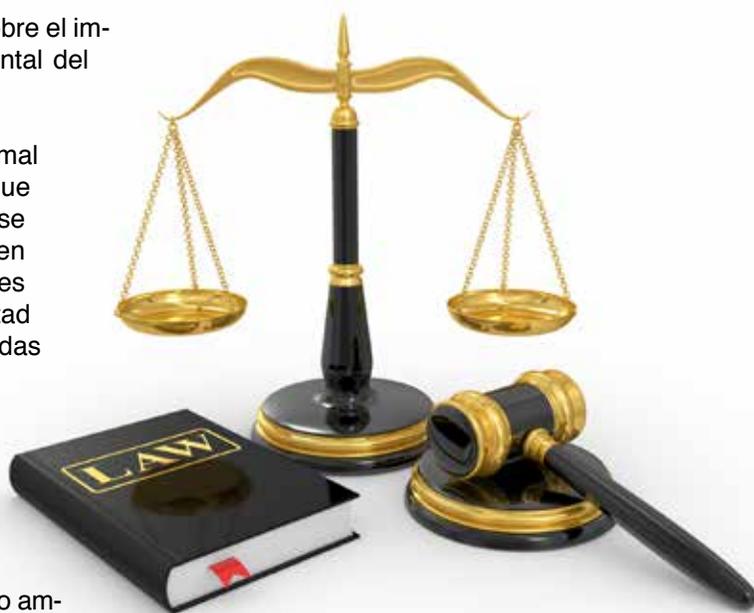
Además, aprovechando las disposiciones de la Ley orgánica municipal (Ley 3966/10) que establecen la posibilidad de que las autoridades del Poder Ejecutivo deleguen competencias en los gobiernos municipales, se están promoviendo convenios de delegación de competencias entre la SEAM y las municipalidades para que éstas puedan fiscalizar el cumplimiento de las condiciones establecidas en las DIA y los planes de cambio de uso del suelo (autorizaciones de deforestación). Más aún, cuando las competencias delegadas son ambientales, la Ley orgánica municipal prevé la posibilidad de que las municipalidades creen una tasa ambiental que permita sufragar los costos de implementación de las competencias delegadas.

De esta manera, las municipalidades pueden crear y mantener un cuerpo de fiscalizadores ambientales que podrán realizar su tarea valiéndose de la información que estará disponible y actualizada en virtud de lo establecido en la Ley.

Y esto podrá realizarse sin aumentar el presupuesto de la SEAM para fiscalizaciones. Por el contrario, el costo de la fiscalización ambiental será sufragado por las mismas personas que deben ser fiscalizadas (que son las que realizan actividades con impacto ambiental) en una suerte de aplicación del principio contaminador-pagador, permitiendo, además, la creación de capacidad local para el monitoreo ambiental.

Si bien la posibilidad de delegar competencias ya existía desde 2010, es desde la entrada en vigencia de la Ley de AIP que las delegaciones de competencias en materia ambiental cobraron sentido, ya que sin la información sobre DIA's y planes de cambio de uso de suelo disponible on line y actualizada resultaría virtualmente imposible fiscalizar su cumplimiento por parte de otras instituciones que no tuvieran esa información de la SEAM.

Para completar este círculo que promete ser virtuoso, también durante 2014 (Ley 5146/14 y Decreto 2598/14) se aumentaron en forma muy significativa las sanciones administrativas por incumplimientos a la legislación ambiental. Y los convenios de delegación de competencias prevén la transferencia de un porcentaje de lo que en definitiva se aplique en concepto de multas a los gobiernos municipales cuyas fiscalizaciones hayan permitido la aplicación de esas multas por parte de la SEAM, dando un fuerte incentivo a los gobiernos municipales para entrar en esquemas de delegación de competencias ambientales.



## CONCLUSIONES

Tal como en la mayoría de los países de América Latina, en el Paraguay la ley de AIP se consiguió luego de una persistente labor de incidencia por parte de OSC. La nota distintiva del caso paraguayo es que no sólo eran políticos los que se oponían a esta ley, sino que también lo hacía uno de los principales medios de prensa, blandiendo una interpretación en cierto sentido meta jurídica acerca de cómo las disposiciones de una ley de AIP serían interpretadas *en la práctica*.

La clave estuvo en mantener las acciones de incidencia a pesar de los circunstanciales fracasos y en hacer notar que, tarde o temprano, una ley de AIP era inevitable, ya que procesos similares se encontraban en marcha en toda América Latina. En este sentido, el fallo *Claude* y el desarrollo posterior de los estándares del sistema interamericano en materia de AIP hasta llegar a la Ley Modelo fueron fundamentales, pero también lo fue el trabajo coordinado de OSC de toda la región aportando su experiencia y colaborando con las tareas de incidencia de las OSC paraguayas.

Otra nota distintiva es que el proceso hacia una ley de AIP fue catalizado por un fallo de la Corte Suprema que tuvo una inusitada trascendencia pública; fallo que condicionó el contenido de la ley al interpretar el derecho de AIP a la luz de la doctrina de la Corte IDH.

Así, teniendo como referencia la Ley Modelo de la OEA, fue fácil incorporar las Directrices de Bali, particularmente en todo lo que se refiere a las obligaciones de transparencia activa. Esta es una muestra más de la importancia de una Ley Modelo, ya que este instrumento tiene la necesaria plasticidad para adaptarse a las distintas realidades y oportunidades que la coyuntura presenta.

Y son las disposiciones sobre AIP ambiental las que hoy en Paraguay están permitiendo el desarrollo de iniciativas de fiscalización ambiental a nivel local que sin una ley como la 5282/14 de AIP y el uso de la tecnología actualmente disponible hubieran sido imposibles. Es que la disponibilidad on line de la información sobre las condiciones en las que se autoriza el uso de los recursos naturales permite que cualquiera monitoree su cumplimiento. Y si esa posibilidad la aprovechan autoridades que están mucho más cerca de los lugares en los que los incumplimientos ocurren pero que no tenían competencia para actuar y eso se lo combina con los incentivos adecuados, la efectividad en la aplicación (*enforcement*) de la ley ambiental tiene el potencial desarrollarse enormemente.

## 5.2 Cortes y Tribunales Ambientales Especializados y los derechos de Acceso en América Latina y el Mundo.

George y Catherine Pring <sup>556</sup>



*Cortes y tribunales ambientales especializados, Estado de derecho en materia ambiental, derechos de acceso, acceso a la justicia, aplicación y cumplimiento ambiental, desarrollo sostenible.*

*La rápida propagación de tribunales judiciales y administrativos que se especializan en litigios sobre el medio ambiente es uno de los avances más significativos en cuanto al Estado de Derecho en materia ambiental y al acceso a la justicia. Estos tribunales ya existen en 11 países de América Latina y el Caribe, y se prevén y anuncian en algunos países más. Una amplia investigación realizada por la Universidad de Denver sobre los tribunales ambientales especializados ([www.law.du.edu/ect-study](http://www.law.du.edu/ect-study)) muestra que pueden ser un medio importante y eficaz para el logro de los objetivos económicos, sociales y ambientales del desarrollo sostenible.*

*Los tribunales judiciales y administrativos especializados en litigios sobre el medio ambiente, los recursos naturales, el uso del suelo y temas similares son un fenómeno que está creciendo rápidamente en todo el mundo. Mientras que en el año 2000 existían solamente unos pocos, en la actualidad hay cientos de cortes y tribunales ambientales en decenas de países y en todo tipo de sistemas jurídicos, y su número va en aumento. La experiencia en América Latina y el Caribe - incluyendo países como Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador y Trinidad y Tobago - muestra cómo estos tribunales se consideran una mejora respecto a los derechos de acceso, el Estado de Derecho en materia ambiental y el desarrollo sostenible. Una extensa investigación global realizada por la Universidad de Denver sobre tribunales ambientales especializados ha documentado una serie de “mejores prácticas” a través de las cuáles estos tribunales pueden mejorar el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia. Aunque la mayoría de los países tienen leyes para proteger el medio ambiente, promover la sostenibilidad y mejorar los derechos de acceso, muchos no tienen instituciones eficaces para hacer cumplir estas leyes. El análisis de los tribunales ambientales especializados exitosos en la región y en otras partes del mundo ofrece una serie de modelos a los países que estén considerando la creación de este tipo de instituciones especializadas. El desarrollo sostenible requiere de instituciones judiciales locales, nacionales y multinacionales eficaces para equilibrar las necesidades de desarrollo económico y de protección del medio ambiente, incluyendo desafíos tales como el cambio climático; la seguridad alimentaria, hídrica, de vivienda, y energética; la pérdida de biodiversidad, de flora y fauna; los derechos de los pueblos indígenas; y la contaminación del suelo, del aire y del agua. Además, instituciones judiciales internacionales, como la Corte de Justicia del Caribe, podrían convertirse en foros para decidir controversias ambientales transfronterizas. Los tribunales ambientales especializados, así como salas ambientales en tribunales existentes y jueces “verdes” especializados pueden ser medios efectivos para el logro de estas metas.*

### 1. Tribunales ambientales especializados en América Latina y el Caribe

En los últimos 40 años se han producido cambios dramáticos en la opinión pública, las políticas y la legislación sobre el ambiente y el desarrollo económico. Los problemas ambientales globales están dando lugar a conflictos ambientales y sobre el uso del suelo generando nuevas presiones sobre los gobiernos para lograr la sostenibilidad. Esto ha producido un descontento con los tribunales de jurisdicción general, ya que

se perciben a menudo inaccesibles, lentos, costosos, injustos, y/o carentes de la experiencia necesaria para tomar decisiones basadas en evidencia científica y técnica compleja.<sup>557</sup>

Como consecuencia se han generado demandas por parte de la sociedad civil, las organizaciones internacionales gubernamentales y financieras, y por los propios tribunales para la creación de instituciones que puedan ofrecer acceso a la justicia y sean – tal como refleja mordazmente la legislación australiana – “justas, rápidas y baratas.”<sup>558</sup> Esto ha llevado a la actual proliferación de tribunales ambientales especializados diseñados específicamente para proporcionar un mejor acceso a la justicia ambiental.

Una investigación global extensa sobre los tribunales ambientales especializados ha sido realizada por la Universidad de Denver, que presentó sus resultados en el 2009 en su libro, *Justicia Verde: Creando y mejorando Tribunales Ambientales*. En ese momento, se identificaron más de 350 tribunales ambientales especializados en 41 países. Hoy en día, sólo cinco años después, hay más de 800 tribunales ambientales especializados autorizados en casi 50 países en todo el mundo - en los distintos sistemas jurídicos (derecho civil, derecho común, el derecho de Asia, la ley islámica, etc.), En todos los niveles de gobierno, desde los países más ricos a los más pobres, creados en su mayoría en los últimos 10 años.<sup>559</sup> Sobre la base de investigaciones y entrevistas realizadas hasta la fecha, a cerca de 250 expertos legales con experiencia en tribunales especiales ambientales- jueces de los tribunales ambientales, responsables de los tribunales administrativos ambientales, jueces y magistrados de los tribunales ordinarios, funcionarios gubernamentales ambientales, fiscales, activistas ambientales, abogados mercantiles, personal y mediadores de los tribunales ambientales especializados y académicos. – Se ha demostrado que estos tribunales definitivamente pueden mejorar los derechos de acceso y el Estado de Derecho en materia ambiental.<sup>560</sup>

Los países América Latina y el Caribe (LAC) son líderes en el desarrollo de tribunales ambientales especializados, los cuales pueden encontrarse en 11 países de la región.

## BOLIVIA

El Tribunal Agroambiental es un tribunal especializado que abarca la agricultura, el tema forestal, el ambiente, el agua y los temas de biodiversidad. Creado por la Constitución Nacional, cuenta con siete jueces, elegidos popularmente y tribunales en nueve localidades.<sup>561</sup> Resolvió 423 casos en el 2014.<sup>562</sup>

## BRASIL

La proliferación de tribunales ambientales especializados en Brasil ha tenido como resultado al menos 17 tribunales especializados - nueve tribunales de distrito federal (de primera instancia) en siete

estados diferentes, seis tribunales estatales (de primera instancia), y dos cámaras estatales de apelación especializadas en São Paulo, además de los fiscales ambientales especializados.<sup>563</sup>

## CHILE

Hay dos nuevos tribunales ambientales, uno en la capital, Santiago, y uno en Valdivia, los cuales están en sus primeros años de funcionamiento.<sup>564</sup>

## COSTA RICA

Creado en 1995, el Tribunal Ambiental Administrativo (TAA) es un tribunal especializado independien-

te que forma parte del Ministerio del Ambiente y Energía y es uno de los primeros tribunales especializados ambientales en América Latina.<sup>565</sup>

## EL SALVADOR

Una ley de 2014 autoriza cuatro tribunales ambientales, como parte del poder judicial, tres de primera instancia en cada una de las zonas principales del país y una cámara de apelaciones en la capital. Sin embargo, el tribunal supremo sólo ha creado un tribunal especializado para todo el país, justificándolo por razones presupuestarias y por el bajo número de casos. Inició sus actividades en diciembre de 2014 y ha dictado

557 George (Rock) Pring and Catherine (Kitty) Pring, “Twenty-first century environmental dispute resolution – is there an ‘ECT’ in your future?,” 33 *J. of Energy & Nat. Res. L.* 10, 17 (2015) (hereafter “ECT Future”), soon on the ECT Study website, <http://www.law.du.edu/ect-study>.  
558 Civil Procedure Act 2005, sec. 56(1) (New South Wales, Aus.), [www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/cpa2005167/s56.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/cpa2005167/s56.html); see similarly Planning and Environment Court Rules 2010, rule 4 (Queensland, Aus.), [www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/S/SusPlanPECRu10.pdf](http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/S/SusPlanPECRu10.pdf).  
559 “ECT Future,” note 1 above, at 10-11.  
560 *Id.* at 11-12, 33; Greening Justice, note 3 above, 13-18, 91-93.  
561 Official website: <http://www.tribunalagroambiental.bo/>.  
562 “Bolivia – Agroambiental Court resolved 432 cases in 2014,” Bolivia en Tus Manos (Jan. 15, 2015), <http://www.boliviaentusmanos.com/noticias/bolivia/138896/tribunal-agroambiental-resolvio-432-causas-en-2014.html>.  
563 Para una lista preliminar, ver Vladimir Passos de Freitas, “Environmental Law and Enforcement in Brazil,” PowerPoint at Asian Judges Symposium on Environmental Decision Making, the Rule of Law, and Environmental Justice, July 27-28, 2010, <http://www.scribd.com/doc/37002374/Vladimir-Passos-de-Freitas-Environmental-Law-and-Enforcement-in-Brazil>; subsequent updates in emails from Professor (former federal judge) Freitas on file with authors.  
564 Pag web oficial: <http://www.tribunalambiental.cl/> (Santiago), <http://www.tercertribunalambiental.cl/> (Valdivia).  
565 Pag web oficial: <http://www.tribunalambiental.net/>; see also <http://www.minae.go.cr/>. Tribunal Ambiental Administrativo, “Seis años de éxitos contra el daño ambiental (2008-2014),” [http://www.tribunalambiental.net/noticias/2014/INFORME\\_TRIBUNAL\\_AMBIENTAL\\_2014\\_Resumen\\_para\\_prensa.pdf](http://www.tribunalambiental.net/noticias/2014/INFORME_TRIBUNAL_AMBIENTAL_2014_Resumen_para_prensa.pdf).

varias decisiones positivas.<sup>566</sup>

## GUATEMALA

Ha reado tribunales especializados en materia de drogas y delitos contra el ambiente.<sup>567</sup> En los tribunales ambientales, los jueces instructores de delitos contra el ambiente tienen jurisdicción para ordenar una investigación y solicitar un juicio; los jueces de audiencia realizan el juicio y pronuncian el veredicto.

## GUYANA

La Junta de Evaluación Ambiental (EAB, en sus siglas en inglés) es un tribunal especializado que forma parte de la Agencia de Protección Ambiental del Gobierno (EPA, en sus siglas en inglés)<sup>568</sup> y tiene competencia sobre apelaciones en relación a decisiones de la EPA sobre el desarrollo de Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA).<sup>569</sup> La Ley de Protección Ambiental de Guyana también autoriza un Tribunal de Apelaciones Ambientales (EAT) como una corte de registro con competencia en apelaciones de las decisiones de la Junta, aunque parece que no está operativo.<sup>570</sup>

## JAMAICA

El Tribunal de la Autoridad de Conservación de Recursos Naturales

(NRC, en sus siglas en inglés), dependiente del Ministerio de Agua, Suelo, Ambiente y Cambio Climático, tiene competencia sobre apelaciones a las notificaciones y decisiones de la Autoridad de Conservación de Recursos Naturales, y sus decisiones son firmes.<sup>571</sup> Los seis casos del tribunal especial sobre los que decidió en el año fiscal 2013-2014 fueron presentados en apelación de actos de fiscalización en relación a aspectos sobre contaminación y permisos ambientales vinculados a proyectos de construcción.<sup>572</sup>

## PARAGUAY

Dos “tribunales ambientales” en Paraguay son mencionados en un informe de la ONU sobre cuestiones indígenas, pero no se han encontrado otras referencias relacionadas con ellos.<sup>573</sup>

## PERÚ

El Tribunal de Fiscalización Ambiental del Perú (TFA) es un tribunal ambiental que forma parte de la Agencia gubernamental Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)<sup>574</sup> y conoce de los recursos interpuestos contra los actos de la OEFA.<sup>575</sup> Cuenta con tres salas especializadas en minería, energía y pesca.

## TRINIDAD Y TOBAGO

Este país caribeño cuenta con una Comisión Ambiental,<sup>576</sup> que actúa de tribunal “de registro” con facultad de revisar las apelaciones de las decisiones de las autoridades ambientales nacionales y quejas de los ciudadanos. Sin embargo, hemos encontrado que tiene un perfil muy bajo y maneja muy pocos casos (un promedio de cuatro por año),<sup>577</sup> y su sitio web parece haber sido “bloqueado”. Sin embargo, hablamos con su presidente en una conferencia de octubre de 2014, y nos informó que el tribunal especializado está funcionando, trabajando en divulgación, y su jurisdicción acaba de ampliarse para incluir asuntos de ordenamiento territorial.<sup>578</sup>

## MÉXICO

Ha autorizado este año la instalación de tribunales especializados ambientales,<sup>579</sup> Bahamas acaba de anunciar planes para crear uno de ellos este año,<sup>580</sup> el gobierno de Ecuador y los ambientalistas han estado discutiendo un tribunal especializado “piloto” para proteger las Islas Galápagos, y se encontró en un artículo que en Nicaragua hay un “tribunal ambiental” pero no se han encontrado otras referencias al respecto.

- 566 *E.g.*, Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, “Tribunal Ambiental da 24 horas a Alcaldía de Mejicanos para retirar basura y ordena a MIDES abrir puertas de relleno” (Feb. 12, 2015), in which the Ministry of Environment comments favorably on one of the Tribunal’s first decisions, [http://www.marn.gob.sv/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3098:tribunal-ambiental-da-24-horas-a-alcaldia-de-mejicanos-para-retirar-basura-y-ordena-a-mides-abrir-puertas-de-relleno&catid=1:noticias-ciudadano&Itemid=227](http://www.marn.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=3098:tribunal-ambiental-da-24-horas-a-alcaldia-de-mejicanos-para-retirar-basura-y-ordena-a-mides-abrir-puertas-de-relleno&catid=1:noticias-ciudadano&Itemid=227).
- 567 Network in Solidarity with the People of Guatemala (NISGUA), “*Courts in the Criminal Process*” (2008), <http://www.nisgua.org/themescampaigns/impunity/Guatemalan%20Courts%20in%20the%20Criminal%20Process.pdf>; see, e.g., “*Guatemala – Temporary detention, and subse quent release, of human rights defenders following peaceful demonstration against mining activities*,” Front Line Defenders, [www.frontlinedefenders.org/node/27316](http://www.frontlinedefenders.org/node/27316).
- 568 [Guyana] Environmental Protection Agency, “Annual Report 2012” at p. 8, <http://www.nre.gov.gy/Annual%20Report/EPA%20AR%202012.pdf>.
- 569 Mark Lancelot Bynoe, “*Citizen Participation in the Environment Impact Assessment Process in Guyana: Reality or Fallacy?*,” 2/1 Law, Environment & Development J. 34, 43-44 (2006), [www.lead-journal.org/content/06034.pdf](http://www.lead-journal.org/content/06034.pdf).
- 570 Ver. id. at 44.
- 571 NRCA Act sec. 34, [http://nepa.gov.jm/legal/nrca\\_act\\_lpart1.htm](http://nepa.gov.jm/legal/nrca_act_lpart1.htm).
- 572 Environment & Risk Management Division, “Appeals,” <http://www.mwh.gov.jm/emd/index.php/component/content/category/9-uncategorized>.
- 573 UN Economic and Social Council, Permanent Forum on Indigenous Issues, “Information received from Governments – Paraguay” (Feb. 5, 2010), at pp. 17-18, <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E.C.19.2010.12%201EN.pdf>.
- 574 OEFA, “Environmental Enforcement Tribunal,” <http://www.oefa.gob.pe/en/tribunal-de-fiscalizacion-ambiental>.
- 575 *Id.*
- 576 Hamel-Smith Attorneys-at-Law, “Doing Business in Trinidad and Tobago,” <http://www.trinidadlaw.com/home/general/subcategory.aspx?categoryID=19&subcategoryID=63>.
- 577 “Environmental Commission collapse?,” Guardian Media (Mar. 18, 2013), [www.guardian.co.tt/editorial/2013-03-18/environmental-commission-collapse](http://www.guardian.co.tt/editorial/2013-03-18/environmental-commission-collapse).
- 578 Chateram Sinanan, Chairman, Environmental Commission of Trinidad & Tobago, Address at the First Interamerican Forum on Environmental Justice, Santiago, Chile (Oct. 9, 2014) (in September 2014) (notes on file with authors).
- 579 Federal Law on Environmental Liability, Transitory art. 3 (Mex.), [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5301688&fecha=07/06/2013](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301688&fecha=07/06/2013); Antonio Gonzalez & Mauricio Llamas, “Enactment of the Federal Law on Environmental Liability in Mexico,” [www.martindale.com/environmental-law/article\\_Jones-Day\\_1841844.htm](http://www.martindale.com/environmental-law/article_Jones-Day_1841844.htm).
- 580 Allyson Maynard Gibson Q.C., Attorney General and Minister of Legal Affairs of the Commonwealth of The Bahamas, “Of Justice, Safety and Freedom – Remarks upon the Opening of Legal Year 2015,” page 7 (Jan. 14, 2015), [http://www.bahamas.gov.bs/wps/wcm/connect/8d053be7-7b79-4154-bebe-5938cd266606/Opening\\_legal+year+2015%5Bfinal%5D%5Bfinal%5D+\(1\)\(2\).pdf?MOD=AJPERES](http://www.bahamas.gov.bs/wps/wcm/connect/8d053be7-7b79-4154-bebe-5938cd266606/Opening_legal+year+2015%5Bfinal%5D%5Bfinal%5D+(1)(2).pdf?MOD=AJPERES).

## 2. La evolución de los tribunales ambientales especializados

Estos tribunales ambientales especializados no son una idea reciente. El primero se creó hace casi 100 años en Dinamarca,<sup>583</sup> pero había poca “legislación ambiental” para justificar su existencia. Fue hasta la década de 1970 que el movimiento ambiental generó una explosión de leyes sobre calidad del medio ambiente, ordenamiento territorial y salud pública.<sup>584</sup> La Declaración de Estocolmo de la ONU en 1972<sup>585</sup> marcó un hito que produjo una avalancha de nuevas leyes ambientales, que se alejan de la protección de la explotación pública y privada de la naturaleza hacia la protección del medio ambiente, los derechos humanos y la naturaleza. Naciones de todo el mundo, incluidas las de la región de ALC, comenzaron a adoptar nuevas leyes y programas ambientales complejos. Más de 90 países, incluyendo muchos en ALC, han adoptado disposiciones en sus constituciones que garantizan a los ciudadanos el derecho a un medio ambiente sano.<sup>586</sup> Estas transformaciones cambian la legislación desde un enfoque de desarrollo económico hacia otro de desarrollo sostenible, de la producción de capital a la eliminación de la pobreza, de la protección de la empresa privada a la protección de los derechos humanos, del secreto a la transparencia, del enfoque en los beneficios a corto plazo a fijarnos en las consecuencias a largo plazo, y de intereses locales y nacionales a preocupaciones globales.

En la década de 1980, estaba claro que el derecho ambiental necesitaba resolver la tensión inherente entre la protección ambiental y el desarrollo económico. De ahí surgió el concepto de “desarrollo sostenible”. Actualmente existen más de 100 definiciones de desarrollo sostenible,<sup>587</sup> la más famosa y ampliamente utilizada es la del informe de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas (WCED o Comisión Brundtland): “El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.”<sup>588</sup>

“Desarrollo sostenible” promueve la idea de que todas las preocupaciones ambientales, económicas y sociales pueden ser satisfechas dentro de los límites de los recursos naturales de la Tierra; esto supone que el progreso económico y social se puede lograr de maneras que no agotar o disminuir seriamente los recursos naturales finitos de la Tierra. Prácticamente, todas las leyes ambientales, convenios, declaraciones y programas desde entonces se han basado en ese concepto.

La Declaración de Río 1992 de la ONU,<sup>589</sup> otro hito en este proceso, establece que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”<sup>590</sup> e hizo hincapié en la necesidad de proteger las necesidades de las generaciones presentes y futuras.<sup>591</sup> Su disposición más avanzada es el Principio 10, que ahora está impulsando nuevas acciones y compromisos en ALC y en todo el mundo:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener *acceso adecuado* a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades peligrosas en sus comunidades, así como la oportunidad de *participar en los procesos de adopción* de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de

---

581 “First environmental court in Galapagos,” Ecuador Times (Oct. 22, 2013), <http://www.ecuadortimes.net/2013/10/22/first-environmental-court-in-galapagos/>.  
582 Karen E. Lange, “The Long Road to Freedom, Page 3: Taking Back the Forests,” All Animals magazine (Humane Society Nov./Dec. 2012), [http://www.humanesociety.org/news/magazines/2012/11-12/the\\_long\\_road\\_to\\_freedom\\_3.html?credit=web\\_id368157419](http://www.humanesociety.org/news/magazines/2012/11-12/the_long_road_to_freedom_3.html?credit=web_id368157419). However a Nicaraguan judge informed us in October 2014 that there was no such specialized ECT and no other website references to it have been found).

583 Ver Greening Justice, note 3 above, at 9.

584 Para los detalles de la historia desde 1970-hasta el presente del derecho ambiental, ver Ved P. Nanda & George (Rock) Pring, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century* 6-7, 97 et seq. (2d ed. 2013).

585 Report of the UN Conference on the Human Environment, Stockholm, June 5-16, 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev. 1 (1973), 11 ILM 1416 (1972), <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>.

586 John H. Knox, UN Independent Expert on Human Rights and the Environment, “Report on Constitutional Environmental Rights” (Nov. 21, 2014); James R. May & Erin Daly, *Global Environmental Constitutionalism* (2014).

587 “Sustainable Development Information,” <http://www.sustainabledevelopmentinfo.com/the-definition-of-sustainable-development/>.

588 WCED, *Our Common Future* 41 (1987); [www.un-documents.net/our-common-future.pdf](http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf).

589 Rio Declaration on Environment and Development, Principle 1, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992), <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>.

590 Rio Declaration on Environment and Development, Principle 1, at <http://www.unep.org/Documents>.

591 Id., Principle 3.

592 Id., Principle 10 (emphasis added).

la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse *acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos*, incluyendo el resarcimiento de daños causados y reparaciones pertinentes.<sup>592</sup>

El Principio 10 se convirtió en ley vinculante en la Convención de 1998 sobre el acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus).<sup>593</sup> Aarhus ha sido llamado “hasta ahora la empresa más ambiciosa acometida en el área de la ‘democracia ambiental’ bajo los auspicios de las Naciones Unidas.<sup>594</sup>” Establece requisitos sucesivamente detallados para estos “tres pilares” de la gobernabilidad democrática - “derechos de acceso” públicos a la información, participación y justicia - que son vinculantes para las 47 Partes (Estados de Europa y Asia occidental y central) y aplicables por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para fomentar el avance de los derechos de acceso, más de 100 magistrados de todo el mundo, incluyendo de ALC, adoptaron, en la Cumbre Mundial 2002 sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo, los *principios de Johannesburgo* sobre el desarrollo sostenible y el Estado de Derecho, lo que refuerza la estrecha relación entre los derechos humanos, los derechos de acceso, el desarrollo sostenible y el Estado de Derecho en materia ambiental.<sup>595</sup> Los derechos de acceso se elaboraron en el 2010 en las Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente del PNUMA (Directrices de Bali) que establece 26 fuertes, pero voluntarias, directrices “sobre todo [para] los países en desarrollo” en cómo deben aplicar “sus compromisos con el Principio 10” de Río.<sup>596</sup>

En el 2012, en la Conferencia de Naciones Unidas Río + 20, más de 250 de presidentes de Tribunales del mundo, jueces, fiscales Jefes, procuradores generales, magistrados y otros juristas de alto nivel “aprovecharon una oportunidad generacional” para contribuir al desarrollo del Derecho ambiental, la sostenibilidad y los derechos de acceso al adoptar *la Declaración de Río + 20 sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental*, que aborda la función de los tribunales en la protección del ambiente – incluyendo por primera vez, en un foro tan relevante, una referencia a los tribunales ambientales especializados.<sup>597</sup>

La sostenibilidad ambiental solamente podrá alcanzarse en el contexto de acuerdos nacionales de gobernanza justos, efectivos y transparentes, y del Estado de Derecho, basados en:

.....

(b) participación pública en la adopción de decisiones y acceso a la justicia y la información, de conformidad con el décimo principio de la Declaración de Río, lo que incluye analizar las posibilidades de tomar disposiciones del Convenio de Aarhus al respecto;

.....

(e) mecanismos de resolución de conflictos accesibles, justos, imparciales, puntuales y ágiles, incluido el *fomento de conocimientos especializados en la determinación de causas ambientales*, y procedimientos y remedios innovadores en materia de medio ambiente;

(f) reconocimiento de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente; y

(g) criterios específicos para la interpretación del derecho ambiental.”<sup>598</sup>

Ahora, en la región de ALC, hay otro movimiento impresionante que está en marcha en relación con los derechos de acceso. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha reunido a los países de la región para adoptar en el 2012 la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, firmada hasta ahora por 19 de los 33 países miembros de ALC de la CEPAL,<sup>599</sup> “lanzando un proceso para explorar la viabilidad de adoptar un instrumento regional, que incluye guías, talleres, mejores prácticas y una convención regional” que va a “garantizar el pleno ejerci-

592 Id., Principle 10 (emphasis added).

593 2161 UNTS 447; 38 ILM 517 (1999), <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

594 UN Secretary-General Kofi A. Annan, <http://www.aarhusclearinghouse.org/about/>.

595 <http://www.dfa.gov.za/docs/2002/wssd0828a.htm>, pg. 2.

596 [http://www.unep.org/civil-society/Portals/24105/documents/Guidelines/GUIDELINES\\_TO\\_ACCESS\\_TO\\_ENV\\_INFO\\_2.pdf](http://www.unep.org/civil-society/Portals/24105/documents/Guidelines/GUIDELINES_TO_ACCESS_TO_ENV_INFO_2.pdf).

597 <http://www.unep.org/delc/worldcongress/Home/tabid/55710/Default.aspx>.

598 *Id.*, part II, 3d para (emphasis added).

599 [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37214/S1420707\\_en.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37214/S1420707_en.pdf?sequence=1), 2d preamble. They are Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Mexico, Panama, Paraguay, Peru, Bolivia, Saint Vincent and the Grenadines, Trinidad and Tobago, and Uruguay, *id.* at footnote 2 therein.

cio de los derechos de acceso a la información, participación y justicia con respecto a los temas ambientales consagrados en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992.<sup>600</sup> Este proceso ha sido seguido por varios instrumentos más, incluyendo la Decisión 2014 de Santiago, comprometiéndose a “iniciar las negociaciones sobre el instrumento regional.”<sup>601</sup> Un borrador visionario de un “acuerdo regional” está circulando y se prevé su finalización en diciembre de 2016. Si se aprueba, podría ser potencialmente un acuerdo tipo Aarhus especialmente adaptado a las necesidades y circunstancias de la región de ALC.

### 3. ¿Cómo los tribunales ambientales especializados pueden mejorar los derechos de acceso?

Tomando como base la investigación, estudio, entrevistas y observaciones de la Universidad de Denver sobre los Juzgados y Tribunales ambientales de todo el mundo, encontramos que los tribunales ambientales especializados definitivamente pueden mejorar los derechos de acceso y el Estado de Derecho en materia ambiental.

#### 3.1. Las herramientas de los tribunales ambientales especializados para aumentar el acceso a la información

El estudio de los tribunales ambientales especializados identificó numerosos métodos que dichos tribunales están utilizando actualmente para aumentar el acceso público a la información en materia ambiental.<sup>603</sup> Tal vez lo más importante es que los tribunales ambientales especializados pueden hacer cumplir las leyes nacionales sobre “libertad de acceso a la información” (FOIAs, en sus siglas en inglés), tal y como han aprobado en muchos países de región.<sup>604</sup> Los tribunales ambientales especializados pueden proporcionar procedimientos de “descubrimiento”, dando a las partes litigantes acceso a documentos públicos y privados. Pueden requerir la publicación abierta de la información sobre casos; por ejemplo, el Tribunal de Medio Ambiente de Nueva Zelanda - un líder en el uso de las tecnologías de la información (TI) e internet - pone a disposición los hallazgos y otros documentos del caso y las decisiones al público a través de su sitio web.

El poder de las tecnologías de la información y el internet están abriendo el acceso a la información al público, independientemente de su estatus, ubicación, nivel de educación, o involucramiento en el caso. Muchos tribunales ambientales especializados mantienen sitios web públicamente accesibles en donde se explican sus regulaciones, permiten las demandas electrónicas y la publicación de las fechas de audiencia, tal como lo hacen dos tribunales ambientales especializados de Chile. Los jueces y tomadores de decisiones de los tribunales ambientales especializados pueden desarrollar su propia investigación, obtener documentos, pueden llevar a cabo visitas in-situ, y consultar a expertos científicos para tener acceso a información clave.

#### 3.2. Las herramientas de los tribunales ambientales especializados para aumentar el acceso a la participación pública

Los tribunales ambientales especializados tienen procesos de difusión formativos, así como normas y procedimientos para animar y empoderar a los ciudadanos a participar en la resolución de conflictos ambientales.<sup>605</sup> Los programas de educación de los tribunales ambientales especializados pueden implicar el uso de tecnologías de la información, reuniones, anuncios, y viajes para educar al público sobre cómo acceder a los tribunales ambientales especializados. Nuestro ejemplo favorito es el increíble juez del tribunal ambiental del Estado Manaus en el Amazonas, Brasil, quien – al ser también un artista - crea libros profesionales de historietas para niños en edad escolar educándolos sobre protección del medio ambiente y la Corte ambiental (¡pagado con las multas recaudadas de los contaminadores!).<sup>606</sup> Algunos jueces de los tribunales ambientales especializados en Filipinas y Brasil conducen hasta lugares remotos en autobuses o camionetas equipadas como juzgados “en miniatura”! Permitir las demandas judiciales de interés público desafiando acciones gubernamentales o privadas es otra herramienta crítica.

600 <http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/8/48588/Declaracion-eng-N1244043.pdf>.

601 Copy of the Santiago Decision at [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37214/S1420707\\_en.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37214/S1420707_en.pdf?sequence=1).

602 [http://www.cepal.org/dmaah/noticias/noticias/8/54818/Preliminary\\_Document\\_P10\\_ECLAC\\_March\\_31st\\_2015.pdf](http://www.cepal.org/dmaah/noticias/noticias/8/54818/Preliminary_Document_P10_ECLAC_March_31st_2015.pdf).

603 “ECT Future,” note 1 above, at 15.

604 Ver <http://www.freedominfo.org/regions/latin-america/>; <http://www.freedominfo.org/regions/caribbean/>.

605 *Id.* at 29.

606 *Greening Justice*, note 3 above, see photo at 87.

Los tribunales ambientales especializados pueden mejorar la participación pública a través de la legislación o de normativa que amplía la definición de “parte” en un proceso (legitimación activa) para permitir que las personas y grupos, más allá de los directamente afectados, puedan presentar o participar en un caso. Los reglamentos de los tribunales ambientales especializados permiten a los ciudadanos, a organizaciones ambientales, a los solicitantes de acciones colectivas, e incluso los representantes de “generaciones futuras” o la naturaleza misma, presentar casos no triviales y ser escuchados. Pueden alentar la participación más allá de las partes en el proceso al solicitar informes de “amigos del tribunal”, solicitar testimonios de expertos y otras personas interesadas, e involucrar al público en el seguimiento de la ejecución de las decisiones del tribunal ambiental especializado.

### 3.3. Las herramientas de los tribunales ambientales especializados para aumentar el acceso a la justicia

El foco principal del estudio de los tribunales ambientales especializados de la Universidad de Denver se ha centrado en cómo los tribunales ambientales especializados pueden mejorar el acceso a la justicia. Se han identificado, al menos, nueve categorías interrelacionadas de “mejores prácticas” que impactan directamente en el acceso a la justicia:

**3.3.1. Mejora del acceso:** Un objetivo principal de los tribunales ambientales especializados eficaces es la creación de un sistema judicial “amigable para los usuarios”. Esto implica la simplificación de los procedimientos de presentación de demandas; accesibilidad física, cultural y lingüística; accesibilidad psicológica; y disponibilidad de información pública.

**Presentación de Demandas:** La “puerta de entrada” a los tribunales ordinarios suele ser difícil entender para el público, y mucho más para un individuo o grupo sin educación, pobre o que vive en una comunidad rural. Los tribunales ambientales especializados eficaces hacen que sea fácil presentar o incorporarse en una demanda, a través de procesos abiertos de participación, formación, asistencia, instrucciones en un lenguaje claro, presentaciones de demandas en línea, acciones de difusión a la comunidad, y ayuda personalizada por parte de personal del tribunal.<sup>607</sup> Las tarifas para la presentación de casos a menudo son eliminadas, condonadas o reducidas. Existe un número de tribunales ambientales especializados - como la Corte Ambiental de Trinidad y Tobago y los tribunales ambientales del Estado de Tasmania y Australia – en donde el personal asesora a las personas sobre cómo preparar una demanda y proceder con la misma. Algunos, como el famoso de caso de Brasil,<sup>608</sup> utilizan los fiscales ambientales, quien puede hablar con el denunciante, realizar una investigación y presentar una demanda. Un “defensor del pueblo” (un defensor público independiente) puede investigar y tramitar las denuncias de las personas y en algunos países, como en Costa Rica, incluso presentar una demanda en el tribunal.<sup>609</sup> Lo más importante es que los tribunales ambientales especializados pueden priorizar casos basados en la inmediatez de la amenaza para el medio ambiente o para la salud pública.

**La accesibilidad física, cultural y lingüística:** Los tribunales ambientales especializados pueden proporcionar instalaciones con acceso para discapacitados, juicios emitir juicios en vivo, mantener abierto el tribunal por las noches y fines de semana, e incluso llevar el tribunal a los usuarios, como la corte ambiental en Valdivia, Chile, y el juez “Volador” Michael Rackemann en el gran estado de Queensland de Australia.<sup>610</sup> Los tribunales ambientales especializados pueden contar con personal multilingüe que representen diversas culturas indígenas, ofrecer traductores, y darle una atención especial a las personas con dificultades de vista y oído. Muchos tribunales utilizan la posibilidad de ofrecer testimonio por teléfono o por equipo audiovisual, tal como el tribunal ambiental de Santiago, Chile, para permitir que las pruebas y testimonios puedan darse a distancia. Todas estas herramientas han hecho que el acceso al proceso judicial sea mucho más fácil y más rápido.

**La Accesibilidad psicológica:** Algunos tribunales ambientales especializados han adoptado la informalidad y prescindido de la intimidantes túnicas negras, edificios de mármol, procedimientos formales, y lenguaje jurídico arcano. En su lugar, cuentan con personal y asesores que hablan con los ciudadanos, ofre-

607 “ECT Future,” note 1 above, at 29; *Greening Justice*, note 3 above, at 76-79.

608 Lesley K. McAllister, *Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil* (2008).

609 L. Arias, “Costa Rica Ombudsman’s Office files complaint against GM corn,” *The Tico Times*, June 5, 2013, <http://www.ticotimes.net/2013/06/05/costa-rica-ombudsman-s-office-files-complaint-against-gm-corn>.

610 “ECT Future,” note 1 above, at 29; *Greening Justice*, note 3 above, at 76-79.

cen una “evaluación previa neutral” (para evaluar el caso de manera franca), y un “tribunal con múltiples vías de acceso” a sus servicios.<sup>611</sup> El resultado es un foro judicial que es realmente accesible psicológicamente.<sup>612</sup>

**Información Pública:** El modelo de los tribunales ambientales especializados está llevando constantemente a cabo actividades educativas sobre el tribunal y sus procedimientos.<sup>613</sup> Ya no se mantienen los procedimientos bajo secreto, sino que ahora son accesibles a través de audiencias públicas, tecnologías de la información e internet. Un número de tribunales ambientales especializados en ALC lleva adelante estas prácticas, así como también tribunales ambientales en Nueva Zelanda, Australia, y en todo el mundo

**3.3.2. Disminuye los costos:** Los altos costos de los litigios son, a menudo, un obstáculo para el acceso a la justicia, pero los tribunales ambientales especializados tienen muchos métodos innovadores para eliminar o reducir costos tanto para los litigantes como para los tribunales así como para los presupuestos públicos.<sup>614</sup> Los ejemplos incluyen: ajuste de las tasas de presentación de demandas, permitir demandas por litigantes per se (sin abogados), procedimientos alternativos de resolución de conflictos y peritos judiciales provistos por el tribunal, transcripciones en línea, desplazamiento de la carga de la prueba a la entidad que propone el acto, costas judiciales no asignadas automáticamente a la parte perdedora, eliminación o reducción de los avales para los mandatos judiciales, uso intensivo (incluso obligatorio) de procedimientos alternativos de resolución de conflictos, financiación pública, y simplificación de procedimientos. Otras formas de reducir costos, incluyen: compartir personal e instalaciones con tribunales ordinarios (como lo hace el tribunal ambiental de Queensland), el uso de “jueces verdes” dentro de tribunales ordinarios (como lo hace Filipinas), y la simplificación de las reglas de procedimiento.

**3.3.3. Los jueces expertos y tomadores de decisiones:** Los tribunales ambientales especializados eficaces requieren que los jueces y tomadores de decisiones asignados tengan experiencia en Derecho ambiental o una educación y formación continua en Derecho ambiental.<sup>615</sup> En ALC, numerosos tribunales ambientales especializados exigen estos requisitos. La mayoría de los países tienen institutos de formación judicial, como la Academia Caribeña de Derecho y Administración de Justicia (CALCA, por sus siglas en inglés), lo que podría proporcionar una formación especializada en Derecho ambiental para jueces, tomadores de decisiones y personal de los tribunales ambientales especializados. El PNUMA, el Banco Asiático de Desarrollo, el Instituto de Derecho Ambiental, y otras organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales también proporcionan formación judicial en la resolución de conflictos ambientales.

Algunos tribunales ambientales especializados tienen procesos de selección muy rigurosos para jueces y los tomadores de decisiones con el fin de identificar juristas con principios que sean independientes, imparciales, honestos y comprometidos con el Estado de Derecho en materia ambiental y los derechos de acceso. Entre los países que cuentan con un proceso de selección muy riguroso se encuentra Chile (el cual está todavía desarrollándose para la selección de jueces del tercer tribunal ambiental en la región de Antofagasta).

**3.3.4. Uso del conocimiento científico y técnico:** Los casos ambientales de hoy en día requieren, con frecuencia, conocimiento científico, económico y técnico complejo y la capacidad para hacer frente a la incertidumbre de los resultados futuros. Los tribunales ambientales especializados emplean un número de formas innovadoras para hacer frente a este problema, utilizando tanto la experiencia interna como externa.

**Expertos Internos:** Algunos tribunales ambientales especializados tienen como característica única contar con otros jueces que además de ser formados en derecho, cuentan con una formación científica, económica, en ingeniería, u otro campo técnico.<sup>616</sup> Los tribunales ambientales en Suecia fueron los primeros en llevar a cabo esta práctica. El tribunal ambiental en Costa Rica además de sus jueces cuenta con un juez que

611 The Hon. Brian J. Preston, “The Land and Environment Court of NSW: Moving Towards a Multi-Door Courthouse,” 19 *Australasian Dispute Resolution J.* 72 (Part I) and 144 (Part II) (2008), free copy at [http://www.lec.justice.nsw.gov.au/lec/speeches\\_papers.html#Justice\\_Preston,\\_Chi](http://www.lec.justice.nsw.gov.au/lec/speeches_papers.html#Justice_Preston,_Chi). Justice Preston is Chief Judge of one of the most impressive ECs and a leading authority on them, with a wealth of articles and papers available to the public at that URL.

612 *Id.*

613 *Id.*

614 “ECT Future,” note 1 above, at 21-22; *Greening Justice*, note 3 above, at 40-54.

615 “ECT Future,” note 1 above, at 28; *Greening Justice*, note 3 above, at 72-75.

616 “ECT Future,” note 1 above, at 23-25; *Greening Justice*, note 3 above, at 55-61.

es ingeniero, los dos tribunales ambientales en Chile tienen los jueces principales y suplentes que son economistas, un ingeniero y un biólogo marino; la ley del tribunal ambiental de Trinidad y Tobago autoriza a jueces formados en ingeniería, las ciencias naturales y los campos de las ciencias sociales. Estos expertos pueden tener los mismos poderes que un juez de derecho, o actuar como asesores.

Otros tribunales ambientales especializados pueden tener comisionados expertos o una lista de expertos que puedan ser convocados a juzgar un caso en su área de especialización, tales como Dinamarca que cuenta con un panel de unos 200 expertos voluntarios habilitados. Algunos tribunales solicitan peritajes o informes de institutos locales, agencias gubernamentales o universidades “amigos del tribunal”.

**Expertos externos:** Los peritos ofrecidos por las partes puede conducir a la temida “batalla de los expertos,” que con frecuencia desencadena un proceso pobre en términos de costos, tiempo y generación de evidencia. Los tribunales ambientales especializados eficaces usan la “gestión activa” de los expertos partes para afrontar prejuicios, desacuerdos y la deshonestidad. Son modelos de gestión de los expertos los dos tribunales ambientales estatales excelentes en Australia – el tribunal de Planificación y Ambiente de Queensland y el Tribunal de suelo y Ambiente de Nueva Gales del Sur. Tal vez la herramienta más poderosa es darles instrucciones puntuales mientras el juez requiere que solamente sean responsables ante el tribunal en su testimonio y no representen los intereses de la parte que les pagan, o de lo contrario serán acusados de desacato.<sup>617</sup> Algunos jueces de los tribunales ambientales especializados requieren que los expertos se reúnan (a menudo solos, sin partes o abogados presentes) para identificar sus áreas de acuerdo y desacuerdo, y escribir un informe conjunto que establezca las áreas de desacuerdo y limite a estas áreas el testimonio en el tribunal. La técnica del “jacuzzi” (hottubbing, en inglés) – término coloquial en Australia– puede ser usada, en aquellos tribunales ambientales especializados en los que se toma el testimonio conjunto a los expertos de todas las partes en un tema en particular mientras que los expertos se sientan juntos en la tribuna del jurado (“jacuzzi”). Otra técnica es Secuenciación de asuntos, en la que, por ejemplo, los expertos de contaminación del aire de todas las partes son escuchados sucesivamente.

**3.3.5. Maximizando la resolución alternativa de conflictos:** Un sello distintivo de los tribunales ambientales exitosos es el uso extensivo de procedimientos alternativos de resolución de conflictos - mediación, evaluación neutral temprana, y otras formas de resolver los casos sin juicio – lo que provee eficiencia, el ahorro de gastos, que produce una mayor satisfacción con el resultado, y mejora el cumplimiento.<sup>618</sup> Una vez más, estos servicios pueden ser prestados tanto “internamente” a través de mediadores judiciales pagados por el tribunal, comisionados o jueces, como “externamente”, pagados por las partes. La restitución y restauración se logran a menudo por consentimiento de las partes. En algunos tribunales especializados ambientales, hasta el 95% de los casos llega a una solución mediada, que luego pueden ser formalizada como una orden judicial. Encontramos que los procedimientos alternativos de resolución de conflictos son una herramienta fundamental para la resolución de muchos conflictos ambientales, y que es más efectiva cuando es una parte integral de la estructura de los tribunales ambientales especializados.

**3.3.6. Normas de procedimiento especiales:** Los tribunales ambientales especializados pueden requerir normas de procedimiento muy diferentes a la de los tribunales ordinarios para hacerlos más “justos, rápidos y baratos”.<sup>619</sup> Hay un ejemplo famoso en Filipinas, un sistema predominantemente de derecho civil, en el que el tribunal Supremo adoptó normas procedimentales y de prueba para sus tribunales ambientales especializados en 2010.<sup>620</sup> A pesar de que es más difícil de adoptar normas especiales para los “jueces verdes” dentro de los tribunales de jurisdicción ordinaria, no es imposible, como lo muestra el ejemplo de Filipinas. Las reglas especiales pueden utilizarse para prohibir demandas judiciales estratégicas contra la participación pública y prever procesos como una “orden judicial de mandamus” o un recurso de amparo.<sup>621</sup> Otras innovaciones incluyen el desarrollo de una

---

617 The Hon. Michael E. Rackemann, Judge of the State of Queensland District Court and the Planning and Environment Court, Address to the International Conference on Global Environmental Issues, New Delhi, India, Mar. 15, 2015, at 10, <http://www.sclqld.org.au/judicial-papers/judicial-profiles/profiles/merackemann/papers/1>. Judge Rackemann sits on one of the most impressive ECs and is an authority on them, with a wealth of articles and papers available to the public at that URL.

618 “ECT Future,” note 1 above, at 25-27; Greening Justice, note 3 above, at 61-72.

619 “ECT Future,” note 1 above, at 28-32; Greening Justice, note 3 above, at 76-87.

620 RULES OF PROCEDURE FOR ENVIRONMENTAL CASES, A.M. No 09-6-8-SC (2010) (Phil.), [http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am\\_09-6-8-sc\\_2010.html](http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am_09-6-8-sc_2010.html).

621 Gloria Orrego Hoyos, “The Amparo Context in Latin American Jurisdiction: an approach to an empowering action” (2013), <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Amparo.htm>.

base de datos de sentencias, la evaluación de desempeño del tribunal, mecanismos de información pública, audiencias de instrucciones por la vía rápida para los abogados y los procedimientos para asegurar el acceso del público a la información y participación.

**3.3.7. Gestión intensiva de Casos:** Muchos de los elementos de la gestión eficaz de los casos han sido cubiertas en los apartados anteriores. Los tribunales ambientales especializados exitosos han adoptado una serie de herramientas para mejorar la gestión de las partes, de los datos, de los archivos de casos, los expertos, y el acceso público a la información y el uso de tecnologías de la información.<sup>622</sup> La gestión intensiva de casos, ayuda tanto a las partes como a los tribunales ambientales, proporcionando información, asistencia y asesoramiento y previniendo el retraso innecesario de los casos, documentos sin archivar o perdidos, y precedentes olvidados. Los tribunales ambientales en Brasil y Chile, así como los modelos de Australia y Nueva Zelanda han incorporado muchas de estas herramientas.

**3.3.8. Soluciones estandarizadas y creativas:** Los tribunales ambientales eficaces deben tener una gama suficiente de soluciones o herramientas de aplicación y cumplimiento para comprobar que sus decisiones son implementadas en el mundo real. Los poderes de los tribunales ordinarios están a menudo limitados por multas ineficaces y soluciones inadecuadas que no logran restaurar el daño ambiental, prevenir el daño futuro o garantizar el desarrollo sostenible. Entre las soluciones clave se pueden mencionar: medidas cautelares, medidas provisionales, mandamientos judiciales permanentes, indemnizaciones monetarias, indemnizaciones punitivas, órdenes de reparación, restitución, el poder para denegar o modificar una propuesta de construcción, multas monetarias adecuadas, desacato al tribunal y asignación de minutas de los abogados.<sup>623</sup>

Idealmente, un tribunal ambiental debería tener jurisdicción y soluciones de carácter civil, penal y administrativo. También es importante disponer de capacidad legal para utilizar soluciones “innovadoras”, tal como orden judicial de mandamus, servicio comunitario, justicia restaurativa, avales e indemnización por daños a los recursos naturales.

Esto ha permitido que se requiera que los contaminadores asistan y se gradúen en una escuela ambiental (financiado por las multas del tribunal ambiental), que se ordene a los madereros ilegales replantar y restaurar áreas deforestadas, que se exija a las empresas de carbón responsabilidad por las emisiones de cambio climático por los usuarios finales, que se requiera la construcción de clínicas de salud e infraestructura en las comunidades afectadas, que se financien anuncios de sensibilización ambiental y programas de reciclaje, que se haga que las ONGs monitoreen los procedimientos de limpiezas y que se requiera que los contaminadores contraten vigilantes ambientales en su plantilla de personal para informar sobre el cumplimiento del tribunal. La combinación de una amplia gama de soluciones sobre aplicación y cumplimiento y procedimientos de resolución alternativa de conflictos ha permitido a los tribunales ambientales especializados desarrollar, ordenar y hacer cumplir muchas de estas soluciones efectivas.

**3.3.9. Adoptar un enfoque de solución de problemas:** Tal vez lo más importante para la sostenibilidad y el Estado de Derecho en materia ambiental es el uso de un enfoque de solución de problemas – que no sólo es la aplicación de la ley bajo un marco ganar-perder sino la búsqueda de una solución continua del problema que sirva a las partes o al ambiente. Así como lo indicó el Hon. Brian J. Preston, juez del Estado del Tribunal del Ambiente y Suelos de Nueva Gales del Sur, Australia:

El tribunal ambiental especializado ... es mejor ser capaz de adoptar un enfoque creativo e innovador de “resolución de problemas” a restringir, remediar o compensar por daño ambiental. Este enfoque creativo e innovador permite a los tribunales ambientales especializados determinar efectivamente no sólo los aspectos legales de las disputas, sino también los aspectos no legales de una disputa (por ejemplo de integridad ecológica). ... [También es] un enfoque menos confrontacional y más flexible de solución de problemas tomando en cuenta los testimonios de expertos, donde todos los participantes están trabajando conjuntamente hacia la solución de los temas en disputa ....<sup>624</sup>

622 “ECT Future,” note 1 above, at 28-30; Greening Justice, note 3 above, at 76-79.

623 “ECT Future,” note 1 above, at 30-32; Greening Justice, note 3 above, at 79-87.

624 The Hon. Brian J. Preston, “Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals,” 26 J. of Env. L. 365 (2014), free copy at [http://www.lec.justice.nsw.gov.au/lec/speeches\\_papers.html#Justice\\_Preston,\\_Chi](http://www.lec.justice.nsw.gov.au/lec/speeches_papers.html#Justice_Preston,_Chi) at 15, 24.

El Hon. Michael E. Rackemann, juez del tribunal de Planificación y Ambiente, Estado de Queensland, Australia, describe su enfoque de solución de problemas de esta manera:

... [D]eterminados elementos importantes ... deberían ser parte de cualquier proceso de solución de conflictos ambientales. ... [Esto] es crucial: es necesario abordar [el caso] con una perspectiva de solución de problemas. Solamente nos preocupados [en casos ordinarios] en resolver las disputa, y a menudo esto se resuelve con el pago de alguna suma dinero. Pero las disputas ambientales son diferentes: no son acerca de quién debe cuánto dinero a quién; se refieren a la parte en el caso que es silente- el medio ambiente. Algo que tiene un interés y un efecto público.<sup>625</sup>

Si se implementan articuladamente y en sinergia el enfoque de *solución de problemas* junto con las otras ocho categorías de “mejores prácticas” descritas anteriormente puede mejorar drásticamente el Estado de Derecho ambiental, los derechos de acceso, y los resultados de desarrollo sostenible en los tribunales ambientales especializados.

#### 4. La región de América Latina y el Caribe y el crecimiento proyectado de tribunales ambientales especializados

El número de miembros de la CEPAL de la ONU - es 33 países miembros de ALC y 13 miembros de los territorios no independientes asociados en el Caribe – que para mayor comodidad lo definen como la región de ALC.<sup>626</sup> Todos están enfrentando la pobreza y una amplia gama de cuestiones ambientales - desde el desarrollo, la minería, la explotación forestal, la contaminación urbana, la protección de la vida marina y la pesca, entre otros. Todos están preocupados en alguna medida sobre agua, alimentos, energía, vivienda y seguridad sanitaria. Algunas de los países cuentan con economías razonablemente prósperas -como Brasil y Chile- y tienen tribunales ambientales especializados. Otros, tal como Trinidad y Tobago, son pequeños Estados insulares menos desarrollados y han también adoptado el cumplimiento del Estado de derecho ambiental a través de los tribunales ambientales especializados. Y otros, como El Salvador, México y las Bahamas están empezando la creación de tribunales ambientales especializados para abordar sus diferentes necesidades.

##### 4.1. Situación actual de los derechos de acceso, y Estado de Derecho en materia Ambiental

Partiendo de varios estudios realizados, los 46 países y territorios de ALC cubren un muy amplio rango de valoraciones en relación al Estado de Derecho en materia ambiental y los derechos de acceso. El independiente y respetado Proyecto de Justicia Mundial (WJP, en sus siglas en inglés) mide el “gobierno abierto” en términos de los derechos de acceso y lo define como “un gobierno que comparte información, faculta a las personas con las herramientas para exigirle rendición de cuentas al gobierno, y fomenta la participación ciudadana en los debates sobre políticas públicas ... un componente necesario de un sistema de gobierno fundado en el Estado de Derecho.<sup>627</sup> El informe clasifica a 102 países en función de cuatro medidas: (1) leyes y datos del gobierno publicados, (2) el derecho a la información, (3) de participación cívica y (4) mecanismos de quejas.<sup>628</sup> Evalúa 18 países de ALC de “más abierto” a “menos abierto.”<sup>629</sup> Aunque más de la mitad de los países de ALC no están incluidos en este proyecto, es evidente que los encuestados son muy diferentes en términos de gobierno abierto - desde los altamente calificados como Chile, Costa Rica y Uruguay a Bolivia, Nicaragua y Venezuela, que están puntuados muy bajo en cuanto a la apertura del gobierno.<sup>630</sup>

El proyecto de Justicia Mundial también elabora un informe anual más amplio que se llama *Índice de Estado de Derecho*, que mide el respeto de los países al Estado de Derecho. Su definición de “Estado de Derecho”, se basa en normas aceptadas internacionalmente, en la medida en que los siguientes cuatro principios se mantienen:

---

625 Rackemann Address, note 68 above, at 1, 8-9, <http://www.sclqld.org.au/judicial-papers/judicial-profiles/profiles/merackemann/papers/1>.  
626 <http://www.cepal.org/en/estados-miembros>. Two additional entities in the area, French Guiana in South America and Saint Barthélemy in the Caribbean, which are overseas dependencies of France, are not members of ECLAC, <http://lanic.utexas.edu/subject/countries/>. There are also 11 ECLAC members from outside the region.  
627 World Justice Project, “Open Government Index: 2015 Report” at 4 (2015), [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/ogi\\_2015.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/ogi_2015.pdf).  
628 *Id.*  
629 *Id.* at 5, 15-17.  
630 World Justice Project Open government Index, 2015 Report, pg. 16.

1. El gobierno y sus funcionarios públicos, así como las personas y las entidades privadas son responsables ante la ley
2. Las leyes son claras, estables, públicas y justas; se aplican uniformemente,; y protegen los derechos fundamentales, incluyendo la seguridad de las personas y de la propiedad.
3. El proceso por el cual las leyes se promulgan, administran y hacen cumplir es accesible, justo y eficiente.
4. La administración de justicia se lleva a cabo por representantes competentes, éticos, independientes y neutrales, en número suficiente con recursos adecuados y que reflejan la composición de las comunidades a las que sirven.<sup>631</sup>

En 2014, el año más reciente del informe, examinó 99 países, incluyendo 15 países en ALC, situando altamente a Uruguay y Chile, mientras que clasifica a Bolivia y Venezuela entre los más bajos en cuanto a la observancia del Estado de Derecho.<sup>632</sup>

Una tercera medida de los derechos de acceso y el Estado de Derecho en materia ambiental en ALC es el informe de la CEPAL del 2013 “Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas”, que establece:

Existe un reconocimiento cada vez mayor tanto en la sociedad civil como en los gobiernos de que el acceso a la información, la participación y la justicia en los temas ambientales es un elemento central para lograr la protección ambiental y el desarrollo sostenible. Con este fin, se ha planteado que los países de América Latina y el Caribe deben avanzar en la formulación de políticas sobre la base de un proceso más participativo y con mayor información....<sup>633</sup>

Se concluye “a pesar de los significativos avances registrados en los últimos 20 años, en muchos países [en ALC] la legislación para facilitar la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río aún no está desarrollada o encuentra dificultades de implementación.”<sup>634</sup> Se identificaron las siguientes limitaciones para la implementación de los derechos de acceso: escasez de recursos financieros, de instancias de capacitación sobre el tema, debilidad en los marcos institucionales, limitada importancia asignada a asuntos ambientales, de insuficiente difusión de información y la formación, y/o falta de participación de los grupos tradicionalmente sub representados.

En cuanto al acceso a la justicia, en particular, el informe de la CEPAL plantea que las “principales barreras para acceder a la justicia en la región” son:

- limitaciones en el tipo de personas que pueden iniciar un proceso legal.
- elevado costo de las acciones legales
- solicitud de un depósito de garantía (“garantía por daños”) para obtener una orden judicial
- Falta de medidas para ayudar a los pobres a tener acceso a la justicia
- insuficiente integración de las comunidades indígenas
- resolución de la cuestión de los “ creación de cuerpos con jurisdicción especializada” (es decir los tribunales ambientales especializados y fiscales ambientales)
- mecanismos alternativos de resolución de conflictos ambientales
- medios para la difusión de información sobre el acceso a la justicia.<sup>635</sup>

Los tribunales ambientales especializados han desarrollado medios para superar todas estas barreras.

Se puede concluir, a partir de estos y otros estudios similares, que si bien se ha avanzado para lograr un marco para el Estado de Derecho ambiental y garantizar los derechos de acceso en materia ambiental, todavía hay un largo camino por recorrer en muchos país y territorios de ALC.

---

631 The World Justice Project, *Rule of Law Index 2014* at 4 (2015), [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp\\_rule\\_of\\_law\\_index\\_2014\\_report.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf).  
632 *Id.* at 172-174.  
633 *Id.* at 3.  
634 *Id.* at 44.  
635 *Id.* at 41-42.

## 4.2. Evolución reciente que podría derivar en mayor propagación de los tribunales ambientales especializados.

Una prioridad en la región de ALC es alcanzar un pleno Estado de Derecho en materia ambiental y los derechos de acceso. En la actualidad hay varios procesos que se están llevando de manera paralela y convergente que podrían hacer de la región de ALC un líder mundial en la institucionalización del Estado de Derecho ambiental y el acceso a la información, a la participación pública y a la justicia y podrían producir un incremento en el número de tribunales ambientales especializados.

La primera es la innovadora iniciativa para formular un “Acuerdo Regional sobre Acceso a la información, participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.” Este proceso visionario, de varios países y colaborativo para redactar y ratificar dicho acuerdo antes de diciembre de 2016 constituye un producto de las iniciativas de Río + 20. El resultado final podría ser, desde una declaración no vinculante hasta un tratado tan poderoso para el Estado de Derecho en materia ambiental y derechos de acceso en LAC como lo ha sido el Convenio de Aarhus para sus Estados Partes. Un “documento preliminar del Instrumento regional”,<sup>636</sup> basado en numerosas reuniones y discusiones previas, fue puesto a consideración a los países el 15 de marzo de 2015 por la CEPAL. Propone un “Acuerdo Regional sobre Acceso a la información, participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.”<sup>637</sup> Su artículo 9 sobre el Acceso a la Justicia es especialmente relevante, ya que requiere:

1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales dentro de un plazo razonable por medios administrativos y/o judiciales, en el marco de un proceso que otorgue debidas garantías sobre la base de los principios de legalidad, efectividad, publicidad y transparencia, mediante procedimientos claros, equitativos, oportunos e independientes<sup>134</sup>. Las Partes asegurarán el derecho a recurrir ante un órgano superior administrativo y/o judicial.
2. Cada Parte garantizará, en el marco de su legislación nacional, que toda persona pueda acceder a un órgano judicial u otro órgano autónomo, independiente e imparcial o a procedimientos administrativos para recusar la legalidad de:
  - (a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental;
  - (b) cualquier decisión, acción u omisión, en cuanto al fondo y procedimiento, relacionada con la participación pública en la toma de decisiones sobre asuntos ambientales; y
  - (c) cualquier decisión, acción u omisión de todo individuo, autoridad pública o entidad privada que pueda afectar al medio ambiente o contravenir en cuanto a su fondo o procedimiento normas jurídicas del Estado relacionadas con el medio ambiente.
3. Para garantizar este derecho, las Partes establecerán:
  - (a) órganos especializados, jurisdiccionales o no, en materia ambiental;
  - (b) procedimientos efectivos, razonables, justos, abiertos, rápidos, transparentes, equitativos y oportunos;
  - (c) la legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, que podrá incluir acciones colectivas;
  - (d) mecanismos de ejecución oportunos y efectivos de las decisiones;
  - (e) mecanismos de reparación oportunos, adecuados y efectivos, incluidas la restitución, compensación y otras medidas adecuadas, atención a las víctimas cuando proceda y el establecimiento de fondos;
  - (f) la posibilidad de decretar medidas cautelares, provisionales y de fiscalización para resguardar el medio ambiente y la salud pública; y
  - (g) medidas para facilitar la prueba del daño ambiental, incluida en su caso la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba.

Las Partes alentarán, en la medida de lo posible, el establecimiento de criterios judiciales y/o administrativos uniformes de interpretación para casos relativos al daño ambiental, tales como el principio *in dubio pro natura*.<sup>638</sup>

636 Note 51 above.

637 *Id.* at 1

638 *Id.* at 18-19 (emphasis added).

El artículo 9(3) del borrador del acuerdo es nada menos que una receta para la creación de los tribunales ambientales especializados! Además, se prevé la solución de controversias que se basa en la “negociación ... o cualquier otro medio” y refiere las disputas sin resolver a la Corte Internacional de Justicia o arbitraje.<sup>639</sup> Si este acuerdo visionario es ratificado por los países de ALC, será sin duda una fuerza impulsora para la creación de tribunales ambientales especializados o juzgados ambientales y jueces verdes asignados a las tribunales ordinarios, para cumplir con la visión del acuerdo.

El segundo proceso que afecta al Estado de Derecho en materia ambiental, los derechos de acceso, y los tribunales ambientales especializados en la región de ALC es la negociación global de los Objetivos de Desarrollo Sostenible post-2015.<sup>640</sup> La Hoja de ruta de la Secretaría General de las Naciones Unidas<sup>641</sup> establece varios elementos esenciales para la implementación, incluyendo la protección de nuestros ecosistemas para todas las sociedades y para nuestros hijos, garantizar una vida sana, y promueve sociedades seguras y pacíficas e instituciones sólidas para lograr la justicia.<sup>642</sup> Los tribunales ambientales especializados que incluyen las nueve características discutidas en la sección III mencionada previamente puede proporcionar una institución eficaz para la aplicación de estos objetivos.

El tercer proceso que potencialmente afecta al Estado de Derecho en materia ambiental, los derechos de acceso y los tribunales ambientales especializados en el Caribe es el Plan Estratégico para la Comunidad del Caribe CARICOM 2015-2019.<sup>643</sup>

Esto puede parecer extraño, ya que es un plan económico centrado en las “necesidades de desarrollo” y “progreso socio-económico”<sup>644</sup> Sin embargo, tiene disposiciones para los derechos ambientales y de acceso. Uno de sus objetivos es “para asegurar el desarrollo humano sostenible y social en la región, con niveles reducidos de pobreza y el acceso equitativo de los grupos vulnerables y la mejora significativa de la seguridad ciudadana, facilitando una comunidad justa, segura y libre. Solicita estrategias para:

- reducir la vulnerabilidad al riesgo de desastres y los efectos del cambio climático y garantizar una gestión eficaz de los recursos naturales en la región
- avanzar en la adaptación y mitigación del cambio climático
- avanzar en la gestión y mitigación de desastres
- mejorar la gestión del medio ambiente y los recursos naturales
- aumentar el uso de energías limpias y renovables
- integrar la sostenibilidad ambiental en la política, la planificación y la educación pública y la conciencia pública sobre la gestión sostenible del ambiente
- desarrollar acuerdos para la gobernanza participativa.<sup>645</sup>

El Plan Estratégico de la CARICOM solicita específicamente reformas judiciales:

Facilitando la reforma del sistema judicial – sistemas y procedimientos judiciales modernos y eficientes, incluyendo el uso de tecnologías para facilitar el manejo de casos y presentación eficaz de demandas, así como la disposición y seguimiento de los asuntos judiciales; reducir los casos acumulados en el sistema judicial; formar y retener personal calificado en el sistema judicial - jueces, abogados, policías, investigadores y consejeros; sistemas transfronterizos/regionales estructurados para reforzar los esfuerzos nacionales y regionales de protección de la justicia, asistencia judicial recíproca, aplicación y cumplimiento de la legislación, la ejecución de sentencias; y mejorar el acceso por los profesionales legales y el público a la legislación, la jurisprudencia y así como otro tipo de información legal.<sup>646</sup>

---

639 *Id.* at 18-19 (emphasis added).

640 Article 18, *id.* at 25-26.

641 UN Economic and Social Council, “Millennium Development Goals and Post-2015 Development Agenda,” <http://www.un.org/en/ecosoc/about/mdg.shtml>.

642 UN, “The Road to Dignity by 2030: Ending Poverty, Transforming All Lives and Protecting the Planet – Synthesis Report of the Secretary General” (Dec. 2014), [http://www.un.org/disabilities/documents/reports/SG\\_Synthesis\\_Report\\_Road\\_to\\_Dignity\\_by\\_2030.pdf](http://www.un.org/disabilities/documents/reports/SG_Synthesis_Report_Road_to_Dignity_by_2030.pdf).

643 *Id.* at 20.

644 <http://caricom.org/jsp/secretariat/caribbean-community-strategic-plan.jsp>.

645 *Id.*

646 CARICOM, *Strategic Plan for the Caribbean Community 2015-2019: Repositioning CARICOM, Vol. 1 – The Executive Plan* (July 3, 2014) at 12-13 and 14 *et seq.*, <http://caricom.org/jsp/secretariat/caribbean-community-strategic-plan.jsp>.

Y reconoce que “el buen gobierno abarca el Estado de Derecho” y que “el Estado de Derecho es un aspecto importante de un marco de gobernanza que proporciona una base para el desarrollo sostenible.”<sup>647</sup>

Dado que este plan estratégico se ejecutará durante los próximos cinco años, disputas vinculadas al desarrollo pueden preverse, requiriendo un equilibrio experto entre las necesidades de la economía y el ambiente. La adjudicación de tales conflictos, la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental, y la aplicación de los principios jurídicos fundamentales podría beneficiarse claramente de tribunales ambientales especializados expertos y efectivos.

### 4.3. El papel potencial de un Tribunal Ambiental Regional o Tribunales en LAC

La región del Caribe cuenta con un tribunal regional respetado<sup>648</sup> – la Corte Caribeña de Justicia (CCJ)<sup>649</sup> – que podría desarrollar un grupo de jueces o una sala experta del tipo de los tribunales ambientales especializados. Hasta el momento, Latinoamérica no tiene un tribunal regional multinacional sobre el cual se puede construir una sala verde especializada.

La CCJ inició sus operaciones en 2005<sup>650</sup> y cuenta con 15 países del Caribe como Estados Partes.<sup>651</sup> Constituye un modelo dinámico para el manejo de las cuestiones económicas y ambientales en la región. Se trata de un híbrido, es un tribunal que tanto resuelve disputas de tratados entre países y sirve como un tribunal de apelación final para los casos civiles y penales. Dispone de:

- (1) La jurisdicción original y exclusiva sobre cuestiones legales bajo el Tratado de Chaguaramas Revisado del 2001<sup>652</sup> y el Mercado Único y Economía de CARICOM (CSME por sus siglas en inglés),<sup>653</sup> el cual establece la economía coordinada de 15 Estados Miembros de CARICOM y cinco dependencias miembros asociados.<sup>654</sup>
- (2) La jurisdicción final de apelación competente en materia civil y penal de los países de CARICOM que han dejado de utilizar el Comité Judicial del Consejo Privado del Reino Unido como su órgano de apelación.<sup>655</sup> Hasta la fecha, sólo los cuatro Estados del Caribe: Barbados, Belice, Dominica y Guyana han tenido esta práctica para todos los casos,<sup>656</sup> Trinidad y Tobago lo ha utilizado sólo para los casos penales,<sup>657</sup> y el Parlamento de Jamaica votarán en unirse el 28 de abril de 2015.<sup>658</sup>

La jurisdicción original de la CCJ tiene cierto potencial ambiental en el marco del Tratado Revisado,<sup>659</sup> pero la jurisdicción de apelación es lo que tiene el potencial de proporcionar al Caribe con tribunal ambiental experto.<sup>660</sup>

El Hon. Juez Winston Anderson, juez de la CCJ y experto en derecho ambiental e internacional, ha observado: “La competencia originaria de la CCJ es de escasa relevancia a los litigios de los derechos humanos en la actualidad, pero en su jurisdicción de apelación, el tribunal tiene la oportunidad y la responsabilidad de involucrarse en casos sobre los derechos humanos”, señalando que “ las responsabilidades de la CCJ

646 Id. at 24.

647 Id. at 36.

648 Philip Dayle, “Caribbean court of justice: a model for international courts?,” *The Guardian*, Sept. 10, 2010, <http://www.theguardian.com/law/2010/sep/10/caribbean-court-judges-selection>.

649 [www.caribbeancourtofjustice.org](http://www.caribbeancourtofjustice.org).

650 Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice (signed Feb. 14, 2001), <http://www.caribbeancourtofjustice.org/court-instruments/the-agreement-establishing-the-ccj>; CCJ, “FAQs – Establishing the Caribbean Court of Justice,” <http://www.caribbeancourtofjustice.org/about-the-ccj/faqs>.

651 Antigua & Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Montserrat, St. Kitts & Nevis, St. Lucia, St. Vincent & the Grenadines, Suriname, and Trinidad & Tobago. Id. (click on flags at bottom of webpage) or see International Justice Resource Center, “Caribbean Court of Justice,” <http://www.ijrcenter.org/regional-communities/caribbean-court-of-justice/>. For an excellent history of the CCJ and its human rights cases by a sitting judge of the CCJ, see The Hon. Mr. Justice Winston Anderson, “The Role of the Caribbean Court of Justice in Human Rights Adjudication: International Treaty Law Dimensions,” 21 *J. Transnat'l L. & Pol.* 1 (2011-2012), <http://archive.law.fsu.edu/journals/transnational/vol21/anderson.pdf> (hereafter Anderson).

652 [http://www.caricom.org/jsp/community/revised\\_treaty-text.pdf](http://www.caricom.org/jsp/community/revised_treaty-text.pdf).

653 [http://www.caricom.org/jsp/single\\_market/single\\_market\\_index.jsp?menu=csme](http://www.caricom.org/jsp/single_market/single_market_index.jsp?menu=csme).

654 List at [http://www.caricom.org/jsp/community/member\\_states.jsp?menu=community](http://www.caricom.org/jsp/community/member_states.jsp?menu=community).

655 <http://www.ijrcenter.org/regional-communities/caribbean-court-of-justice/>.

656 “Dominica Officially Joins Caribbean Court of Justice” (Mar. 10, 2015), <http://www.caribjournal.com/2015/03/10/dominica-officially-joins-caribbean-court-of-justice/#>.

657 “Jamaica’s Parliament to Vote on Move to Caribbean Court of Justice” (Jan. 21, 2015), <http://www.caribjournal.com/2015/01/21/jamaicas-parliament-to-vote-on-move-to-caribbean-court-of-justice/#>.

658 Id.

659 See, e.g., Revised Treaty of Chaguaramas, note 107 above, art. 58 (“Natural Resource Management”).

660 Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, arts. XXV(a), (c), (d), (f), note 105 above.

para el desarrollo de una jurisprudencia autóctona del Caribe.”<sup>661</sup> En otro artículo, el Juez Anderson también ha observado:

En esta era de globalización creciente, las actividades transnacionales afectan, cada vez más, negativamente al ambiente natural, incluyendo el comercio ilegal de vida silvestre, el cambio climático y la contaminación de los bienes comunes globales. Los tribunales nacionales no siempre están preparados para tratar adecuadamente estas cuestiones que probablemente requieran la competencia por un órgano judicial internacional especializado. Desafortunadamente, tal órgano no existe, lo que nos invita a la pregunta de si ha llegado el momento de que se estudie la creación de un tribunal internacional del ambiente.<sup>662</sup>

¿Ha llegado el momento de considerar una sala ambiental especializada para este tribunal internacional existente?

La CCJ ha sido reconocida como un modelo para el nombramiento de jueces de alto nivel, incluyendo representantes legales, no legales, y representantes de la sociedad civil de diferentes países del Caribe, y cuenta con una independencia reforzada por ser financiado completamente por un fondo fiduciario de contribuciones de los miembros de la CARICOM - que ayuda a asegurar el cumplimiento altamente cualificado, creíble, imparcial y ecuánime del Estado de Derecho.<sup>663</sup> Estas características lo llevan a convertirse en un tribunal Caribeño con jurisdicción en la propuesta de Acuerdo sobre la aplicación del Principio 10 para América Latina y el Caribe.<sup>664</sup> Mientras que el borrador del Acuerdo refiere todas las disputas no resueltas a la Corte Internacional de Justicia (CIJ),<sup>665</sup> podría ser preferible que las apelaciones vayan a la CCJ para los Estados del Caribe y a un tribunal ambiental regional comparable creado para América Latina. Esto tendría muchas ventajas al contar con tomadores de decisiones provenientes de la región afectada que están bien informados sobre los factores sociales, culturales, económicos, jurídicos, y ambientales de la región, y de ser mucho más accesible que la CIJ que está a 10.000 kilómetros de distancia en la UE.

A nivel regional más pequeño, el Tribunal Supremo del Caribe Oriental (CECA)<sup>666</sup> es un tribunal superior de registro para los países de la Organización de los Estados del Caribe Oriental (OECS)<sup>667</sup> y tiene jurisdicción sobre seis Estados independientes y tres territorios británicos de ultramar.<sup>668</sup> Ese tribunal también podría servir como un tribunal ambiental de apelación con jurisdicción para los conflictos en la implementación del Principio 10. Ya cuenta con jurisdicción civil y criminal para interpretar y aplicar la legislación de sus Estados Miembros y para conocer de los recursos de apelación, incluidas las relativas al medio ambiente y los derechos humanos.

## CONCLUSIÓN

Las iniciativas en la región de América Latina y el Caribe y en el mundo - incluyendo la creación de un Acuerdo de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 para América Latina y el Caribe, las negociaciones de la ONU sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible post-2015 y el Plan Estratégico de la CARICOM Quinquenal - pondrán de relieve aún más la importancia del Estado de Derecho en materia ambiental para lograr no sólo la sostenibilidad sino la supervivencia. Por las presiones para el desarrollo económico surgirán conflictos, se demandarán expertos, así como la aplicación y cumplimiento accesible, independiente y oportuno de la legislación ambiental en la región. Los tribunales ambientales especializados han demostrado ser eficaces como instituciones capaces de equilibrar el dilema del desarrollo sostenible, por lo que se puede esperar su aumento en la región, en aras de la verdadera sostenibilidad de la tierra y de sus generaciones presentes y futuras.

---

661 Anderson, note 106 above, at 32, 33. Winston Anderson, Judge of the Caribbean Court of Justice, Address at the UN Environment Assembly Global Symposium on Environmental Rule of Law on “Judicial Perspectives on Human Right and the Environment” (June 24, 2014), <https://westindiesstaugustine.academia.edu/WinstonAnderson>.

662 Dayle, note 103 above.

663 Agreement, note 51 above.

664 *Id.*, art. 18(2).

665 Pag web oficial, <http://www.eccourts.org/>.

666 Pag web oficial, <http://www.oecs.org/>.

667 OECS, “Eastern Caribbean Supreme Court,” <http://www.oecs.org/about-the-oecs/institutions/eastern-caribbean-supreme-court-ecsc>. The court’s jurisdiction includes the States of Antigua and Barbuda, Dominica, Grenada, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, and Saint Vincent and the Grenadines and the territories of Anguilla, British Virgin Islands, and Montserrat.

668 *Ver, e.g.*, Virgin Islands Environmental Council v. Attorney General, Claim No. BVIHCV2007/0185, ECSC (2009), [http://www.eccourts.org/wp-content/files\\_mf/1359390929\\_magicfields\\_pdf\\_file\\_upload\\_1\\_1.pdf](http://www.eccourts.org/wp-content/files_mf/1359390929_magicfields_pdf_file_upload_1_1.pdf).

## 5.3 El desarrollo de un instrumento regional sobre derechos de acceso para América Latina y el Caribe

Danielle Andrade-Goffe and Karetta Crooks Charles



*Derechos de acceso, acceso a la información, participación pública y el acceso a la justicia.*

*19 países de América Latina y el Caribe han firmado la Declaración de 2012 sobre la implementación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo con el objetivo de trabajar hacia un instrumento regional sobre los derechos de acceso (acceso a la información, la participación pública y a la acceso a la justicia). Esta iniciativa podría allanar el camino para el logro de un estándar regional en cuanto a los derechos de acceso y mitigar los conflictos sociales, canalizando adecuadamente las preocupaciones de los ciudadanos sobre temas ambientales a través de un marco funcional que promueva la buena gobernabilidad.*

*Los derechos de acceso: el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia son elementos fundamentales para la promoción y el crecimiento de la inversión y el desarrollo, a la vez, contribuyen a reducir la pobreza, la desigualdad y garantizar la paz social, la buena gobernanza y el desarrollo sostenible. Los países del Caribe han logrado grandes resultados en materia de derechos de acceso con el desarrollo de leyes sobre libertad de información (proyectos de ley o leyes promulgadas en la mayoría de los países) y con el establecimiento de una Corte de Justicia del Caribe. Simultáneamente, en la región se ha producido un aumento sin precedentes en la escala y el ritmo del desarrollo de infraestructura, que ha dado lugar a conflictos relacionados a los recursos naturales, aumentándose también en escala las demandas legales interpuestas por la sociedad civil para impugnar la legalidad de las decisiones para aprobar proyectos en particular en Jamaica, Belice, Trinidad y las Bahamas. Han habido varios instrumentos internacionales y regionales que promueven la adopción de requisitos legales necesarios para implementación de los derechos de acceso en las cuestiones ambientales. Más recientemente, 19 países de América Latina y el Caribe han firmado la Declaración de 2012 sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo con el objetivo de trabajar hacia un instrumento regional sobre los derechos de acceso. Hay varias ventajas para desarrollar un instrumento centrado en la región. Esta última iniciativa podría allanar el camino para el logro de un estándar regional en cuanto a los derechos de acceso y mitigar los conflictos sociales, canalizando adecuadamente las preocupaciones de los ciudadanos sobre temas ambientales a través de un marco funcional que promueva la gobernabilidad ambiental efectiva.*

### INTRODUCCIÓN

#### 1. ¿Qué son los derechos de acceso y por qué son tan importantes?

El conflicto social puede surgir cuando los ciudadanos no participan en las decisiones que les afectan directamente. Es el caso particular cuando estas decisiones tienen importantes consecuencias ambientales, sociales y para la salud, cuando afectan a los pobres o vulnerables que podrían tener una mayor dependencia de los recursos naturales para su subsistencia o cuando estas decisiones afectan a los que están en situación de riesgo de peligros ambientales. Las estadísticas muestran que aproximadamente el 33% de la población de América Latina y el Caribe (LAC) vive en la pobreza.<sup>670</sup> Este grupo vulnerable, por encima de todos los demás, requiere una consideración especial para ofrecerles los mecanismos adecuados que faciliten su participación en la toma de decisiones.

Los países de América Latina y el Caribe tienen ahora una oportunidad única de ser parte de una iniciativa transformadora orientada a mejorar la participación de todos los actores de la sociedad en los temas ambientales. Esta iniciativa se conoce como la Declaración del Principio 10 (P10) de Latinoamericana y el

Caribe (LAC). El principio 10, también llamado el principio de la democracia ambiental, se deriva de la Declaración de Río, que fue uno de los resultados más significativos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Este principio afirma que todos los ciudadanos tengan voz y voto en las decisiones ambientales que les afectan directamente y que todas las personas deben tener acceso adecuado a la información ambiental y el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre la reparación y la solución. Estos derechos de acceso (el derecho a la información, a la participación pública y a la justicia) son reconocidos internacionalmente y nacionalmente en otros instrumentos regionales e internacionales como los pilares de la democracia ambiental y son esenciales para la buena gobernanza, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.<sup>671</sup>

El acceso a la información es la base de la toma de decisiones, ya que permite al público a tomar decisiones informadas sobre el medio ambiente, entender las decisiones tomadas por el gobierno y ser capaz de asumir un papel activo en el monitoreo del ambiente. La participación pública permite al público expresar sus puntos de vista y opiniones, impugnar decisiones, e incidir en las políticas que pueden afectar a sus medios de vida, su salud y el ambiente. El acceso a la justicia ofrece al público las vías para obtener una reparación legal en el que han sido privados de sus derechos o sufrido un daño ambiental. En conjunto, estos derechos facilitan un debate informado, mejoran la rendición de cuentas al proporcionar un control sobre el gobierno y su tendencia a alinearse con los intereses de la industria y legitiman las decisiones tomadas por el gobierno.

En la región del Caribe, en particular, en Jamaica, Belice, Trinidad, las Islas Vírgenes Británicas y las Bahamas, se ha producido un aumento de casos de revisión judicial presentados por grupos ambientales con interés público que impugnan el proceso de toma de decisiones relativas al desarrollo en áreas ambientalmente sensibles. Estos conflictos se han centrado en cuestiones relacionadas con la percepción de que se han negado los derechos de acceso, como la falta de información e insuficientes consultas públicas sobre propuestas de proyectos.<sup>672</sup> Dos décadas después de la Declaración de Río de 1992, la presente Declaración regional sobre el Principio 10 de ALC promete una forma de lograr sistemas jurídicos nacionales más eficaces para evitar conflictos sociales en torno al uso de los recursos naturales.

## 2. Estado actual de los derechos de acceso en el Caribe

Desde la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, muchos países del Caribe han desarrollado leyes para proveer al público los derechos de acceso en materia ambiental. Sigue existiendo en la mayoría de los países, cuestiones relacionadas con su aplicación, que incluyen retrasos en la promulgación o modificación de las leyes para dar efecto a estos derechos. En estos países, el énfasis está más en el uso de directrices o la práctica que en lugar de procedimientos legislativos vinculantes.

### 2.1. El acceso a la información

De los 15 países independientes del Caribe analizados en este documento, seis han promulgado leyes sobre el acceso a la información, cinco países cuentan con un proyecto de legislación, tres países restantes no cuentan con legislación, pero tienen una disposición constitucional sobre la libertad de recibir información y sólo un país no ha introducido la legislación o una disposición constitucional con respecto a este derecho de acceso.<sup>673</sup> En la mayoría de los países del Caribe, los requisitos legales para la publicación

---

670 *Millennium Development Goals: Achieving the Millennium Development Goals with Equality in Latin America and the Caribbean: Progress and Challenges*, United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, p.5, 2010, available at [http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/39995/lcg2460\\_MDG\\_ingles.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/39995/lcg2460_MDG_ingles.pdf)

671 The 2001 Inter-American Strategy for Public Participation in Sustainable Development Decision-making and the 2010 UNEP Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters (the Bali Guidelines)

672 *Belize Alliance of Conservation Non-Governmental Organisations v. Department of the Environment & Anor (Belize)* [2003] UKPC 63 and 2004 [UKPC] 6 available at <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2004/6.html>; *The Northern Jamaica Conservation Association and Others v. The Natural Resources Conservation Authority and Another* (2006) HCV 3022 of 2005 available at [www.jamentrust.org](http://www.jamentrust.org); *Save Guana Cay Reef Association Ltd. and ors. V. The Queen and ors.* [2009] UKPC 448 available at <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2009/44.html>; *People United Respecting the Environment (PURE) v. the Environmental Management Authority CV 2007-02263* (High Court of Justice of Trinidad and Tobago) available at [http://webopac.ttlawcourts.org/LibraryJudgments/HC/armorer/2009/CV\\_07\\_02263DD16June2009.pdf](http://webopac.ttlawcourts.org/LibraryJudgments/HC/armorer/2009/CV_07_02263DD16June2009.pdf); *Jamaica Environment Trust v The Natural Resources Conservation Authority and the National Environment and Planning Agency Claim HCV 05874* of 2010 available at [www.jamentrust.org](http://www.jamentrust.org)

proactiva y la difusión de la información ambiental son inexistentes.

## 2.2. Participación Pública

Catorce países del Caribe han promulgado legislación relativa a la participación del público durante el proceso de toma de decisiones para proyectos, planes, programas o leyes que afectan al ambiente. La mayoría de estos países sólo han introducido requisitos de participación pública en las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) en la legislación urbanística o marco legislativo gestión ambiental. Una EIA es un proceso para identificar y evaluar los posibles impactos positivos y negativos de una propuesta de proyecto o actividad

ESTADO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL CARIBE	
País	Borrador de la legislación (D), Legislación promulgada (E); Constitución (C)
Antigua y Barbuda	Ley sobre la libertad de información 2004 (E)
Bahamas	Proyecto de Ley sobre la Libertad de Información 2012 (D) Artículo 23(1) Constitución de las Bahamas (C)
Barbados	Proyecto de Ley sobre la Libertad de Información 2008 (D) Artículo 20(1) de la Constitución de Barbados (C)
Belice	Ley sobre la libertad de información 1994 (E) Ley de Protección Ambiental 1999 (enmienda en 2009) (E)
Dominica	Sección 10 de la Constitución de la Mancomunidad de Dominica (C)
República Dominicana	Ley General de Libre Acceso a la Información Pública 2004 (E)
Granada	Artículo 10 de la Constitución de Granada (C) Proyecto de Ley sobre la Libertad de Información 2007 (D)
Guyana	Artículo 146 de la Constitución de Guyana (C) Ley de acceso a la información 2011 (E pero no en vigor)
Haití	Artículo 40 de la Constitución de Haití (C)
Jamaica	Ley sobre la libertad de información 2002 (E)
Saint Kitts y Nevis	Proyecto de Ley sobre la libertad de Información 2006 (D)
Santa Lucía	Artículo 10 de la Constitución de Santa Lucía (C) Proyecto de Ley sobre la libertad de Información 2009 (D)
San Vicente y las Granadinas	Ley sobre la libertad de información 2003 (E pero no en vigor)
Suriname	-
Trinidad y Tobago	Ley sobre la libertad de información 1999 (E)

sobre el ambiente. El proceso de EIA normalmente implica una consulta pública durante la preparación de la evaluación del impacto ambiental y cuando está lista. De esta manera, el público y las personas directamente afectadas tienen la oportunidad de entender y expresar sus opiniones sobre las actividades que pueden tener un gran impacto en sus vidas. Los comentarios públicos recibidos durante el proceso de consulta pública también pueden dar lugar a cambios en el diseño y ejecución del proyecto y de esta manera la EIA sirve como una herramienta poderosa en la legitimación de las decisiones adoptadas para aprobar estos proyectos.

En muchos países del Caribe, la legislación tiene alcance limitado en cuanto a los requisitos para preparar un EIA referido a actividades especificadas y no hay reglas de procedimiento para la participación del público. En estos países, el proceso de EIA suele tener directrices no vinculantes. Cinco países han promulgado leyes que proporcionan a las autoridades la facultad de requerir la participación pública en el proceso de EIA; cuatro países han promulgado leyes que exigen la participación pública obligatoria durante el proceso de evaluación del impacto ambiental; y seis países no tienen legislación relativa a la participación del público y sólo se basan en directrices o en la práctica. Seis países cuentan con un proyecto de legislación relativo a la participación pública en el proceso de EIA.

Jamaica tiene un buen ejemplo sobre la participación pública en la toma de decisiones con respecto al uso de los recursos forestales. La Ley Forestal de Jamaica permite la creación de Comités de Manejo Forestal locales (comités locales, LFMCs en sus siglas en inglés) para las reservas forestales, áreas de manejo forestal y áreas protegidas. Los comités locales deben estar compuestos por al menos dos miembros que cuenten con conocimiento local de la zona y desempeñan un papel de asesoramiento en el desarrollo de planes de manejo forestal, la elaboración de los reglamentos y el diseño y ejecución de proyectos de conservación.<sup>674</sup>

### 2.3. Acceso a la Justicia

Doce países del Caribe son miembros de la Comunidad de Estados (Commonwealth) y heredaron el sistema jurídico de derecho consuetudinario inglés. Estos países tienen disposiciones legales de acceso a la justicia similar, que incluyen el derecho a presentar una demanda para impugnar las decisiones de las autoridades públicas a través de la revisión judicial. En general, sólo las personas directamente afectadas

ESTADO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PARTICIÓN PÚBLICA EN EL CARIBE		
PAÍS	Borrador de la legislación (D), Legislación promulgada (E);	Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), Plan y políticas (P), Legislación (L)
Antigua y Barbuda	Ley de Planificación Física 2003 (E) Proyecto de Ley sobre la Gestión Ambiental 2011 (D)	<b>EIA:</b> Disposición discrecional para la participación pública en la legislación; Procedimiento establecido en el proyecto de ley. <b>P:</b> La participación pública requerida para políticas específicas en los proyectos de ley
Bahamas	Ley sobre Conservación y Protección del Paisaje Físico de las Bahamas 1997 (E) Proyecto de Ley sobre planificación y barrio 2010 (D) Ley sobre Protección y Planificación Ambiental 2006 (D) Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental 2005 (D)	<b>EIA:</b> Disposición discrecional para la participación pública; Procedimiento establecido en las directrices <b>P:</b> Consultas sobre los programas y planes ambientales requeridas en los proyectos de ley

<b>Barbados</b>	Ley de Ordenación de la edificación 1998 (E) Ley de manejo de la zona costera 1998 (E)	<b>EIA:</b> No hay disposiciones sobre participación pública en la legislación; Procedimiento establecido en las directrices <b>P:</b> Las consultas son necesarias para planes de desarrollo y planes de manejo costero.
<b>Belice</b>	Ley sobre la Protección del Medio Ambiente 1992 (enmienda 2009) (E) Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental 1995 (E)	<b>EIA:</b> Disposiciones discrecionales sobre la participación pública en la legislación
<b>Dominica</b>	Ley de Planificación Física 2002 (E)	<b>EIA:</b> Disposiciones obligatorias sobre participación pública en la legislación <b>P:</b> Las consultas son necesarias para planes de desarrollo nacional
<b>República Dominicana</b>	Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales 64 of 2000 (E) Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental 2002 (E)	<b>EIA:</b> Disposiciones obligatorias sobre participación pública en la legislación
<b>Granada</b>	Ley de Control de desarrollo y planificación 2002 (E) Reglamento sobre Planificación y desarrollo 2002 (D)	<b>EIA:</b> No hay disposiciones sobre participación pública en la legislación; Los procedimientos de la consulta establecidos en los proyectos de reglamentos. <b>P:</b> Las consultas son necesarias para planes nacionales
<b>Guyana</b>	Ley de Protección Ambiental 1996 (E)	<b>EIA:</b> Disposiciones obligatorias sobre participación pública en la legislación <b>P:</b> Disposiciones obligatorias sobre participación pública donde se requiera EIA
<b>Haití</b>	Decreto sobre gestión del ambiente 2006 (E)	<b>EIA:</b> No hay disposiciones sobre participación pública en la legislación <b>P:</b> Disposición obligatoria; Procedimiento no establecido en la legislación
<b>Jamaica</b>	Ley de Autoridad de conservación de los recursos naturales 1991 (E) Ley de control de playa 1956 (enmienda 2004) (E) Ley forestal 1996 (E) Ley de planificación urbana y rural 1958 (E)	<b>EIA:</b> No hay disposiciones sobre participación pública en la legislación; los procedimientos de las consultas están establecidos en las directrices. <b>P:</b> Participación Pública requerida para planes específicos
<b>Saint Kitts y Nevis</b>	Ley de Planificación física y control de desarrollo de Nevis 2005 (E) Ley de Control de desarrollo y planificación de Saint Kitts 2000 (E)	<b>EIA:</b> Disposición discrecional sobre la participación pública en la legislación

<b>Santa Lucía</b>	Ley de Planificación física y desarrollo 2005 <b>(E)</b>	<b>EIA:</b> No hay disposiciones sobre participación pública en la legislación
	Ley de gestión de los desechos sólidos 2009 <b>(E)</b>	
	Ley de protección del ambiente y conservación nacional 1987 <b>(E)</b>	
	Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental <b>(D)</b>	
<b>San Vicente y las Granadinas</b>	Ley de Planificación Urbana y rural 1992 <b>(E)</b>	<b>EIA:</b> Disposición discrecional sobre la participación pública en la legislación
	Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental 2009 <b>(D)</b>	
<b>Suriname</b>	Ley del Ambiente 2002 <b>(D)</b>	<b>EIA:</b> No hay disposición sobre participación pública en la legislación; Los procedimientos de la consulta está indicados en directrices sectoriales.
<b>Trinidad y Tobago</b>	Ley de Gestión Ambiental 2000 <b>(E)</b>	<b>EIA:</b> Disposición obligatoria sobre la participación pública en la legislación
	Normas de certificados ambientales 2001 <b>(E)</b>	

pueden interponer un recurso por incumplimiento de las leyes ambientales contra las corporaciones privadas. Existen barreras similares para acceder a la justicia en todo el Caribe, incluyendo altos y prohibitivos costos de los litigios y la falta de mecanismos de asistencia financiera para los pobres y los grupos de interés público y para acceder a los foros judiciales y cuasi judiciales.

Hay ejemplos de mejores prácticas que pueden extraerse del Caribe. Estas incluyen el uso de tribunales ambientales especializados y contempla un amplio derecho amplio de los miembros del público para interponer un recurso con el fin de impugnar la violación de leyes ambientales. Trinidad y Tobago ha establecido un tribunal ambiental especializado con competencia para gestionar las denuncias de violaciones a la Ley de Gestión Ambiental referidas por la Comisión Ambiental de Trinidad y Tobago. Las ventajas de tener este tribunal especializado incluyen la competencia del tribunal para examinar el fundamento de la decisión, así como las irregularidades de procedimiento. El tribunal especializado también se beneficia de tener por lo menos tres jueces técnicamente capacitados con experiencia en temas ambientales, en ingeniería y las ciencias naturales y sociales.<sup>675</sup>

Hay limitaciones en la jurisdicción de la Comisión de Medio Ambiente. La Comisión no tiene competencia sobre las apelaciones realizadas por los solicitantes de Certificado de Autorización Ambiental (permiso), cuestiones relativas a la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental por parte de la Autoridad de Gestión del Ambiente (AGA, EMA en sus siglas en inglés), y apelaciones relativas a la designación de un área ambientalmente sensible.

Otra buena práctica es la disposición de Acción Directa privatizable. En Trinidad y Tobago, cualquier individuo o grupo de individuos que expresan interés general por el ambiente o que tiene un interés específico puede iniciar una acción civil ante la Comisión del Medio Ambiente contra otra parte por la violación de una exigencia ambiental de la Ley de Gestión Ambiental. La acción no se puede entablar judicialmente hasta la expiración de 60 días después de que se le notifica a la AGA la violación y al menos que la autoridad no ha tomado una acción de aplicación y cumplimiento legal.<sup>676</sup>

675 Section 82 of the Environmental Management Act of Trinidad and Tobago (2000)

### 3. La Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de América Latina y el Caribe

#### 3.1. ¿Qué es la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de América Latina y el Caribe?

Diez países de la región: Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, México y Uruguay firmaron en el 2012 la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (“la Declaración sobre el Principio 10 de ALC”) en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río + 20) realizada en junio de 2012. Allí, estos signatarios de la Declaración acordaron apoyar la formulación de un instrumento regional y que trabajarían hacia un convenio regional dirigido a fortalecer el acceso a la información, el fomento de la participación pública y el fortalecimiento del acceso a la justicia en el desarrollo de la toma de decisiones sostenible. Por lo tanto, la Declaración sobre el Principio 10 de ALC puede percibirse como el compromiso político asumido por los gobiernos de la región para llevar a cabo activamente las medidas necesarias para transformar el estado actual de los procesos de toma de decisiones.

La coordinación de esta iniciativa requiere de un supervisor integral y eficiente. Para ello, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL) está ofreciendo el apoyo técnico para el proceso de formulación de la Declaración sobre el Principio 10 de ALC. El apoyo de la CEPAL consiste en coordinar actividades y reuniones a nivel regional y provee asistencia financiera para la participación activa de los representantes de las Organizaciones de la Sociedad Civil (Representantes del público) en dichas reuniones.

##### 3.1.1. Etapas iniciales del proceso P10 en LAC

Poco después de la firma de la Declaración, las Partes se reunieron para la primera reunión de los puntos focales de los países signatarios, en noviembre de 2012 en Santiago, Chile. Se acordó una hoja de ruta para garantizar la plena aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río. Los Signatarios aprobaron un Comité Directivo para coordinar el proceso regional y, en particular, para coordinar la preparación del Plan de Acción 2013-2015. El Comité está integrado por los gobiernos de Chile, México y la República Dominicana.

Para promover la naturaleza progresiva de la Declaración sobre el Principio 10 de América Latina y el Caribe, el Plan de Acción formulado fue adoptado en la segunda reunión de los puntos focales en Guadalajara, México, en abril de 2013 y como resultado se establecieron dos grupos de trabajo; un Grupo de Trabajo sobre fortalecimiento de capacidades y cooperación coordinado por Colombia y Jamaica y un Grupo de Trabajo sobre derechos de acceso e instrumento regional coordinado por Chile y Brasil. Además, en esa reunión se acordó un Plan de Acción Formal para ser implementado durante el 2013-2014. También se han hecho esfuerzos para involucrar a la sociedad civil en el proceso, así como para realizar actividades de difusión en los países no signatarios para animar a más países a firmar la Declaración.

##### 3.1.2. Etapa actual del Proceso P10 LAC

Hasta el momento, diecinueve países de América Latina y el Caribe han firmado la Declaración P10: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Uruguay. También hay tres países en calidad de observadores: Antigua y Barbuda, Santa Lucía y Nicaragua.

Aunque, hay que destacar que el proceso está ganando terreno en toda la región, también es evidente que es necesario fortalecer la labor de promoción y definir un enfoque concreto para atraer a más signatarios del Caribe al proceso.

En consonancia con los dos primeros pilares del acceso a la información y participación pública, el proceso ha tratado de garantizar la participación continua del público. El esfuerzo más reciente es la elección de los representantes del público para mantener un diálogo continuo con la Mesa Directiva. Esta decisión se

originó en la Cuarta Reunión de los Puntos Focales de los países firmantes de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 en América Latina y el Caribe, celebrada en noviembre de 2014. Allí, los signatarios adoptaron la Decisión Santiago<sup>677</sup> en la que acordaron invitar al público a designar a dos representantes para mantener un diálogo continuo con la Mesa Directiva. En el cumplimiento de este compromiso, la CEPAL invitó a los miembros registrados del Mecanismo Público Regional<sup>678</sup> a presentar sus formularios de candidatura, que luego fueron publicados en su sitio web, así como también difundido entre los miembros del mecanismo. Es de destacar que los dos representantes del público y cuatro suplentes serán elegidos sobre la base de las propuestas recibidas de los ciudadanos sobre las modalidades de la elección de dichos representantes. Sin embargo, hay que señalar que la CEPAL ha indicado que se espera que la elección de estos representantes no limite el número de participantes del público para que continúen contribuyendo al proceso en las reuniones de punto focal y de grupos de trabajo.

La próxima reunión de los puntos focales es en mayo de 2015 en la que los países signatarios continuarán definiendo la naturaleza del instrumento que se espera pueda guiar el proceso regional del P10 de ALC.

#### 4. Beneficios y oportunidades para los países del Caribe de unirse al proceso P10 de LAC

Existen numerosos beneficios y oportunidades para los países del Caribe al unirse al proceso de la Declaración sobre el Principio 10 de América Latina y el Caribe. Considerando que la Declaración se esfuerza por ayudar a mejorar los derechos de acceso que ya forman parte de la agenda de desarrollo sería pertinente que los países del Caribe firmen ahora ya que este proceso se encuentra en una etapa temprana. De este modo estos países podrán asegurar que sus características específicas son reconocidas y reflejadas en el instrumento durante el proceso de negociación.

Avanzar en el camino de los derechos de acceso se traduciría en un menor número de conflictos entre el Estado y los ciudadanos ya que el proceso del P10 de LAC busca contribuir al fortalecimiento de la legislación que regula los procesos de toma de decisiones relacionadas con el ambiente. Los ciudadanos tendrían expectativas claras y predecibles en cuanto a sus derechos a la información que deben recibir y los procedimientos de consulta pública en los que se involucran.

Se prevé que esta Declaración va a obtener un nivel alcanzable para los derechos de acceso en la región. Así como, los países firmantes se beneficiarán de un proceso regional que: proporciona oportunidades de asistencia técnica y talleres para el fortalecimiento de capacidades; canaliza el apoyo financiero y de otro tipo de apoyo de las organizaciones internacionales y donantes bilaterales; proporciona una secretaría a través de la CEPAL para el apoyo continuo a los países participantes; conduce a una mayor eficiencia como resultado de la puesta en común de los recursos y el conocimiento entre las Partes del instrumento y socios interesados; atrae ayuda exterior para el desarrollo con temas relacionados al Principio 10-; establece normas regionales coherentes que conducen a una mayor integración de los países de la región, lo que genera un mayor crecimiento económico; crea una mayor estabilidad política dentro de cada país, lo que conduce a una mayor estabilidad política en la región, esto es integral, ya que ayudaría a los países del Caribe encontrar soluciones más sostenibles a cuestiones ambientales en lugar de la forma de actuar de alterar el enfoque basado en las creencias de partido político que ocupa el gobierno. Se espera que este proceso, que es la primera iniciativa de la democracia en materia ambiental de ALC pueda beneficiar a los países signatarios trayendo una mayor visibilidad a la región por su iniciativa progresista.

#### 5. Retos en la movilización de los países del Caribe

Es evidente que el proceso P10 en la región ha ganado mayor atracción en América Latina que en el Caribe, ya que de los 19 signatarios sólo hay 4 países son del Caribe<sup>679</sup>. La Secretaría Técnica, la CEPAL

---

677 Santiago Decision was adopted at the Fourth Meeting of Signatories to the Latin American and Caribbean Declaration on the application of Principle 10 in Santiago Chile in November 2014. The document can be accessed at: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37214/S1420707\\_en.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37214/S1420707_en.pdf?sequence=1) .

678 The Regional Public Mechanism is an on-line tool used by ECLAC to engage the public within LAC Member countries on the Latin America and Caribbean Declaration on Principle 10. It was an outcome of the Plan of Action to 2014 adopted in Guadalajara, Mexico, in April 2013, whereby signatory countries to the Declaration agreed to establish a Regional Public Mechanism for those interested who could subscribe by completing a short form available on the ECLAC website. The main objectives are to keep all those interested in the process informed and facilitate their involvement; to coordinate public participation in international meetings; and to contribute to the transparency of the process. The Mechanism may also serve as a complement for participation actions carried out at the national level.

ha enviado correspondencia a todos los respectivos Ministerios en el Caribe para informarles del proceso e invitándolos a unirse. Por otra parte, la Iniciativa de Acceso (TAI, en sus siglas en inglés)<sup>680</sup> y el Trust Ambiente de Jamaica,<sup>681</sup> uno de sus socios del Caribe, también han difundido documentos relevantes sobre el proceso, así como estrategias que podrían emplear las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) de toda la región para promocionar el proceso en sus respectivos países para que sean signatarios. Desde 2012 estas dos agencias también han organizado conferencias sobre el estado de los derechos de acceso en el Caribe para avanzar en la discusión sobre el tema y para mantener las OSC al tanto del proceso del P10 de ALC.

A pesar de estos esfuerzos, los países del Caribe todavía no han incorporado al proceso a un ritmo suficientemente rápido. Por otro lado, Santa Lucía y más recientemente Antigua y Barbuda han sido reconocidos como observadores en el proceso. Desde 2012, el Trust Nacional de Santa Lucía<sup>682</sup> ha mantenido contacto constante con el Ministerio de Desarrollo Sostenible, Energía, Ciencia y Tecnología y hay planes para comprometer a una OSC en Antigua y Barbuda para fortalecer la promoción en el tema, que se espera resultarán en la firma de sus respectivas islas a la Declaración.

Aunque el tema de los derechos de acceso sea un elemento importante para el logro del desarrollo sostenible, tal vez no sea la máxima prioridad de los gobiernos del Caribe ya que están absortos con una serie de cuestiones de la competencia de desempleo, el crimen y la violencia y la pobreza que hace que la población demande una mejora en la atención de la salud, la educación y en los daños causados por tormentas y huracanes a la infraestructura de las comunidades costeras, entre otros temas. Por otro lado, la demora de los gobiernos del Caribe podría deberse a la falta de voluntad política o reservas en firmar otra “Declaración”. De cualquier manera los esfuerzos deben ser reforzados para asegurar que todos los países miembros de Caribe de ALC son parte de este proceso, que desde 2012 han participado activamente todos los sectores de la sociedad, como los gobiernos, la academia, la sociedad civil y el público en general en el proceso de toma de decisiones y la elaboración de las directrices que regirán este proceso regional.

## 6. Implicaciones de un instrumento regional sobre los derechos de acceso

### 6.1. Implicaciones en el ámbito nacional y regional

Aunque todavía se están negociando los detalles del contenido para el instrumento regional del P10 de ALC, esto presenta una oportunidad para la región para establecer normas mínimas sobre los derechos de acceso. En la Cuarta Reunión de los países signatarios de la Declaración del P10 de ALC celebrada el 3 de octubre de 2014, las partes adoptaron el contenido de San José para el Instrumento regional: una propuesta sobre la naturaleza y el contenido del instrumento regional. Mientras que la propuesta dejó la naturaleza del instrumento como un elemento que se definirá en una etapa posterior de las negociaciones, destacó el alcance de las cuestiones que se abordarán en la misma. Si este instrumento se convierte en un instrumento vinculante, como un tratado, o en no vinculante, como en el caso de las declaraciones o directrices políticas, determinará la medida en que los países del Caribe deban adoptar cambios legislativos y reglamentarios para dar efecto al instrumento.

La Convención sobre el acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia ambiental (Convenio de Aarhus) adoptados en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998, es el primer y más completo acuerdo internacional sobre la concesión de derechos de acceso a las personas y las organizaciones no gubernamentales a nivel nacional y establece normas mínimas para los Estados para hacer efectivos estos derechos.<sup>683</sup> Del mismo modo, la Declaración de 2012, sobre la Aplicación del Principio 10 en América Latina y el Caribe puede servir como base para un estándar mínimo regional sobre los derechos de acceso. Los países del Caribe comparten similitudes geográficas, económicas y ambientales siendo la mayoría aislados pequeños Estados insulares en desarrollo cuyos recursos dependen de economías altamente vulnerables. La mayoría de estos países también comparten similar estructura de gobernabilidad democrática. Naturalmente, estas similitudes deben prestarse a una norma regional sobre los derechos de acceso a la región.

679 The Dominican Republic, Jamaica, St. Vincent and the Grenadines and Trinidad and Tobago.

680 The Access Initiative is the world's largest network of civil society organizations committed to ensuring that local communities have the rights and abilities to gain access to information and to participate in decisions that affect their lives and their environment.

681 The Jamaica Environment Trust is a non-profit, non-governmental membership organization whose main focus is environmental education and advocacy on the island of Jamaica.

682 The Saint Lucia National Trust is a non-governmental membership organization mandated to conserve Saint Lucia's natural and cultural heritage.

Estas normas mínimas tendrán que aclarar los parámetros de estos derechos, como quién o qué clases de la población tiene acceso a estos derechos. Por ejemplo, el Convenio de Aarhus estipula que el derecho a participar en la toma de decisiones ambientales se concede al “público interesado” que se define como personas “afectadas o que puedan verse afectadas por, o que tenga un interés en la toma de decisiones ambientales.”<sup>684</sup>

En el ámbito de la participación ciudadana, una consideración importante es la definición de los tipos de asuntos que deben estar sujetos a la participación pública. El Convenio de Aarhus amplía notablemente el margen de aplicación de la participación pública en asuntos que van más allá del proceso de EIA, incluyendo la formulación de la legislación relativa a asuntos ambientales, planes, programas y políticas relacionadas con el ambiente.<sup>685</sup> Aunque es un requisito obligatorio la consulta pública en estas cuestiones, la Convención permite a los Estados un enfoque flexible en la determinación de las modalidades de participación pública. Por ejemplo, aunque la participación pública es obligatoria para determinadas actividades que puedan tener un impacto significativo en el medio ambiente, como los proyectos de minería y canteras y energía, la Convención establece requisitos mínimos para los períodos de notificación, de tiempo, información y comentarios relevantes mientras que los Estados tienen la facultad de determinar los métodos de notificación y si debe haber una audiencia pública. Un enfoque similar se puede tomar en el desarrollo del instrumento regional para América Latina y el Caribe, donde existen grandes disparidades en las capacidades de los países de América Latina y el Caribe para proveer de mecanismos de participación pública, como las reuniones públicas y los procedimientos de notificación.

En el área de acceso a la información, muchos países del Caribe ya disponen de un derecho general a la información que permite al público solicitar a las autoridades públicas documentos oficiales. Estos países pueden, sin embargo, tener en cuenta el grado en que tendrían que ser modificada la legislación para dar efecto a un derecho específico a la información ambiental y el efecto de las disposiciones vigentes que establecen ciertos tipos de información que son exentos de publicación. Más significativo, es que el instrumento regional podría exigir a estos países a establecer mecanismos para generar y difundir de forma proactiva información específica relacionada con una serie de cuestiones ambientales, como las emergencias ambientales y la información sobre la aplicación y el cumplimiento ambiental y establecer registros de emisiones y transferencias de contaminantes público que incluiría información sobre las fuentes de contaminación generados por las empresas privadas y las autoridades públicas. Muy pocos países del Caribe tienen actualmente sistemas integrales para la difusión proactiva de información ambiental.<sup>686</sup> El instrumento regional también contempla que la información relativa al sector privado, tales como información para los consumidores, la promoción de la elaboración de informes de sostenibilidad y cumplimiento ambiental por entidades privadas se difunda de manera proactiva.<sup>687</sup>

En el área de acceso a la justicia, se le podría requerir a los países del Caribe que aseguren que el marco de su legislación nacional garantice que el público o ciertos tipos de público tengan acceso a un órgano jurisdiccional independiente e imparcial a los efectos de las decisiones difíciles, actos u omisiones. Como se mencionó anteriormente, la mayoría de los países del Caribe disponen de este derecho aunque la clase de personas que pueden ejercer este derecho está limitado, por lo general, a las personas con “interés suficiente” en la materia, cuya definición varía de país a país. Tradicionalmente en el derecho común, o de legitimación (el derecho a iniciar una acción legal) fueron interpretados restrictivamente a los directamente afectados a fin de evitar que entrometidos inundan los tribunales con acciones legales.<sup>688</sup> Con el tiempo, los tribunales del Reino Unido se han relajado a los requerimientos para incluir a las personas y las organizaciones no gubernamentales que tengan un interés genuino en las cuestiones planteadas en la reclamación.<sup>689</sup> Algunos países como Jamaica ya han desarrollado normas de procedimiento civil que definen a las personas con interés suficiente para incluir específicamente a los grupos de interés público.<sup>690</sup>

---

683 Stephen Stec, Susan Casey-Lefkowitz and Jerzy Jendroska, eds., *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, DANCEE, United Nations, and the Regional Environmental Center; 2000 at p. 85; available at <http://www.unece.org/env/pp/publications.htm> (last visited June 30, 2010). Hereinafter referred to as “The Aarhus Implementation Guide”.

684 Article 2 (5) of the 1998 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters.

685 Article 8 of the 1998 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters.

686 Jamaica has only recently introduced a Pollutant Release and Transfer Register, available at [www.nepa.gov.jm](http://www.nepa.gov.jm)

687 Proposal on the nature and content of the regional instrument for consideration at the fourth meeting of the focal points appointed by the governments of the signatory countries of the Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean, Santiago, 4-6 November 2014, LC/L.3898, p. 10, available at [http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/3/54423/Nature\\_and\\_Content\\_of\\_the\\_Regional\\_Instrument.pdf](http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/3/54423/Nature_and_Content_of_the_Regional_Instrument.pdf)

Los altos costos legales asociados con iniciar una demanda de revisión judicial es prohibitivo y una barrera importante para el acceso a la justicia, donde se necesita asesoramiento técnico. En la mayoría de los países del Caribe los demandantes sin éxito también son responsables por los costos de la parte demandada(s).<sup>691</sup> Asimismo, no hay disposiciones de asistencia jurídica en los países del Caribe para litigios de interés público. El instrumento regional, al exigir el acceso a la justicia, también podría abordar estas barreras al exigir que se creen foros decisorios asequibles y mecanismos.

Mientras el instrumento regional podría establecer normas mínimas, esto no impediría que los países adopten normas más estrictas a nivel nacional. La Propuesta de San José sobre la naturaleza y el contenido del instrumento regional requiere la consideración de las diferentes capacidades de los países y la incorporación de las disposiciones de creación de capacidad en el instrumento regional.<sup>692</sup>

## 7. Roles de los diferentes actores en el avance del proceso

### 7.1. Gobiernos

Los gobiernos tienen un papel clave que desempeñar en el proceso regional del P10 de ALC. En primer lugar, como signatarios del instrumento regional, se espera que seleccionen un punto de contacto, asistir a las reuniones de los firmantes y negociar los temas relacionados con el instrumento regional. En segundo lugar, se requiere a los signatarios difundir la Declaración y la información sobre el proceso a nivel regional e internacional para promover la incorporación de nuevos países signatarios, e implementar estrategias de sensibilización y comunicación pública para aumentar la conciencia y la participación de sus ciudadanos en el proceso.<sup>693</sup> En tercer lugar, una vez que la naturaleza y el contenido del instrumento está acordado y el instrumento final sea adoptado, los gobiernos tendrán la difícil tarea de promover el conocimiento del alcance de estos derechos entre sus nacionales, así como poner en marcha los mecanismos adecuados para hacer efectivos estos derechos a través de la aprobación de la legislación y la implementación de leyes y normas. Aquí el poder judicial tendrá un papel importante que desempeñar para aclarar el alcance de estas nuevas leyes, y paralelamente pronunciarse sobre casos relacionados con violaciones de estos derechos.

#### 7.1.1 Organizaciones de la Sociedad Civil y el Público

Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) juegan un papel crítico en la Declaración sobre el Principio 10 de ALC. La participación del público es fundamental para cualquier proceso que se esfuerza por lograr un desarrollo sostenible. Se reconoce que la participación sistemática de la ciudadanía fortalece los foros de toma de decisiones, ya que ofrece una plataforma donde una amplia gama de puntos de vista se pueden expresar, pueden ser considerados por los gobiernos e incorporados en las decisiones. Además, la transparencia se acentúa cuando los documentos pertinentes son compartidos con el público, así como cuando se les invita a participar en las reuniones y, posteriormente, son capaces de transmitir la información a sus organizaciones y ciudadanos de sus respectivos países.

Hay numerosas OSC que tienen una amplia trayectoria relacionada con el Principio 10. Como tal, su participación es fundamental para ofrecer la experiencia necesaria y el conocimiento sobre el tema. Ellos juegan un papel clave en el suministro de la información pertinente sobre las prácticas existentes en este ámbito a nivel nacional y los principales retos que deben abordarse.<sup>694</sup>

---

688 *R. v Secretary of State for the Environment, ex parte Rose Theatre Trust* [1990] 1 QB 504 and *IRC v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1981] 2 All ER 93

689 *R v Inspectorate of Pollution, ex parte Greenpeace Ltd* (No 2) [1994] 4 All ER 329

690 Rule 56.2 of the Civil Procedure Rules of Jamaica, 2002

691 Jamaica is an exception where the general rule as it relates to applications for administrative orders is that if unsuccessful, no order for costs may be made against the applicant unless the court considers that the applicant has acted unreasonably in making the application or in the conduct of the application. (Rule 56.15(5) of the Civil Procedure Rules of Jamaica 2002.

692 Proposal on the nature and content of the regional instrument for consideration at the fourth meeting of the focal points appointed by the governments of the signatory countries of the Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean, Santiago, 4-6 November 2014, LC/L.3898, p. 11, available at [http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/3/54423/Nature\\_and\\_Content\\_of\\_the\\_Regional\\_Instrument.pdf](http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/3/54423/Nature_and_Content_of_the_Regional_Instrument.pdf)

693 Plan of Action to 2014 for the Implementation of the Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean and its Road Map, adopted at Guadalajara Mexico, 17 April 2013, available at [http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/3/54423/2013-208\\_PR10-Plan\\_of\\_action-17\\_April.pdf](http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/3/54423/2013-208_PR10-Plan_of_action-17_April.pdf)

Las OSC pueden servir como grandes defensores del P10 para alentar a los países no signatarios de la región a firmar la Declaración. También pueden alentarlos de a cumplir con sus obligaciones relativas a la Declaración y ser una fuente de apoyo a las autoridades para seguir avanzando en el proceso.

Por último, el grado en que los miembros del público pueden utilizar los nuevos procedimientos en materia de derechos de acceso dependerá de un esfuerzo sostenido de sensibilización, iniciativas de fortalecimiento de capacidad para fomentar la participación y el establecimiento de sistemas que superen los obstáculos a la participación, en particular las específicas a los pobres, tales como los bajos niveles de alfabetización y altos costos para la obtención de la información, participación en procesos de consulta o el acceso a los mecanismos de reclamación, tal como los tribunales.



### 7.1.2 Organizaciones regionales

El Tratado de Chaguaramas Revisado constitutivo de la Comunidad del Caribe (CARICOM)<sup>695</sup>, hace referencia a las medidas para promover y desarrollar políticas para la protección y preservación del ambiente y el desarrollo sostenible, así como para fomentar el desarrollo de programas de enfoque especial para apoyar el establecimiento y mantenimiento de un ambiente humano sano en la Comunidad.<sup>696</sup>

Los Principios para la Sostenibilidad Ambiental de la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS, en sus siglas en inglés)<sup>697</sup> como se indica en la Declaración de St. George's también son congruentes

694 Plan of Action to 2014 for the Implementation of the Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean and its Road Map, adopted at Guadalajara Mexico, 17 April 2013.

695 The CARICOM Secretariat is the principal administrative organ of the Caribbean whose mission is to contribute, in support of Member States, to the improvement of the quality of life of the People of the Community and the development of an innovative and productive society in partnership with institutions and groups working towards attaining a people-centred, sustainable and internationally competitive Community. There are 15 member states Antigua and Barbuda, The Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Montserrat, Saint Lucia, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines, Suriname and Trinidad and Tobago. While there are five Associate Members; Anguilla, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands and Turks and Caicos Islands. Available at: [www.caricom.org](http://www.caricom.org)

696 Available at: [http://www.caricom.org/jsp/community/revised\\_treaty-text.pdf](http://www.caricom.org/jsp/community/revised_treaty-text.pdf)

697 The OECS is a nine member grouping comprising Antigua and Barbuda, Commonwealth of Dominica, Grenada, Montserrat, St. Kitts and Nevis, St. Lucia and St Vincent and the Grenadines. Anguilla and the British Virgin Islands are associate members of the OECS. It's mission to be a Center of Excellence contributing to the sustainable development of OECS Member States by supporting their strategic insertion into the global economy while maximizing the benefits accruing from their collective space. Available at: <http://www.oecs.org/about-the-oecs/who-we-are/mision-objectives#sthash.GA7I5iZf.dpuf>

698 The St. Georges Declaration of Principles for Environmental Sustainability in the OECS (Revised 2006), available at <http://www.oecs.org/st-george-s-declaration>

con la Declaración del Principio 10 de LAC. Por ejemplo, se refiere a lograr: “(1) Mejor Calidad de Vida para Todos: los gobiernos en conjunto con los ciudadanos de la región se esfuerzan por reducir la pobreza, crear empleos, mejorar la salud y el bienestar. De este modo, la atención no estará en destruir el medio ambiente e introducir cambios en una tasa a la que la gente no puede adaptarse. (2) Planificación Integrada para el Desarrollo: Todas las políticas y planes de desarrollo locales, nacionales y regionales se integrarán plenamente para incluir los factores ambientales, sociales, culturales y económicos que afectan a los pequeños sistemas insulares de la región. (3) Leyes e Instituciones más eficaces: Las instituciones nacionales y regionales que se encargan de la gestión de los recursos naturales de cada país, se fortalecerán para implementar programas, decisiones y hacer cumplir las leyes pertinentes relacionadas con el ambiente. (4) Participación de la Sociedad Civil en la toma de decisiones: Todas las organizaciones del sector público y



privado responsables del ambiente asegurarán que todas las personas, ya sea como grupos o individuos, participan en la toma de decisiones sobre la gestión de los recursos naturales y en la implementación de estas decisiones. Se les dará todas las oportunidades para compartir conocimientos tradicionales en la gestión ambiental.”<sup>698</sup>

Por lo tanto, teniendo en cuenta que tanto CARICOM y que OECS cuentan con lineamientos relacionados con el desarrollo sostenible y el ambiente, sería procedente saber si jugaron un papel clave en la promoción de los mismos, que pudieran, alentar a sus respectivos Estados miembros a firmar la progresiva Declaración del Principio 10 de ALC.

## CONCLUSIONES

Si la Declaración sobre el P10 de ALC dará lugar a un instrumento vinculante aún está por verse. Teniendo en cuenta la gran cantidad de “*soft law*” o instrumentos no vinculantes sobre los derechos de acceso, algunos podrían estar tentados a pensar que poco se puede lograr mediante la adopción de otro instrumento para América Latina y el Caribe. Independientemente de la naturaleza del instrumento regional, el proceso emprendido por la presente Declaración sobre el P10 es la primera de su tipo en el Caribe - un proceso que involucra al público a través de todas las etapas de la negociación y que reconoce los ciudadanos como actores integrales.

Desde el inicio de este proceso en 2012, ya hemos visto algunas iniciativas importantes en la región, incluyendo el establecimiento de una Red de Información libre del Caribe. Los miembros de esta red incluyen comisionados responsables de difundir información, oficiales responsables por el acceso a la información de diversos organismos públicos y miembros de la sociedad civil.

En el mejor de los casos, esta Declaración podría resultar en una norma regional alcanzable para los derechos de acceso y mitigar los conflictos sociales en los países mediante la canalización de las preocupaciones de los ciudadanos sobre cuestiones ambientales, canalización de la asistencia técnica y fortalecimiento de capacidades en los países de la región, establecimiento de normas regionales coherentes que conduzcan a una mayor integración de los países de la región, lo que podría derivar a un mayor crecimiento económico y crear una mayor estabilidad política dentro de cada país y, por extensión, a la región.

### Tratados y otros instrumentos regionales

Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, UNECE (1998).

Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. (2012).

Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en cuestiones ambientales, UNEP (2010).

Estrategia Interamericana para la promoción de la participación pública en la toma de decisiones sobre desarrollo sostenible, OEA (2001).

Objetivos de Desarrollo del Milenio: El logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio con la igualdad en América Latina y el Caribe: avances y desafíos de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (2010).

Plan de Acción hasta 2014 para la implementación de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe y su hoja de ruta, CEPAL (2013).

Propuesta de la naturaleza y contenido a desarrollar en el instrumento regional, Cuarta Reunión de puntos focales designados sobre la aplicación del principio 10 de Latinoamérica y el Caribe, CEPAL (2014).

Tratado de Chaguaramas Revisado constitutivos de la Comunidad del Caribe (1973).

Decisión Santiago, Cuarta Reunión de puntos focales designados sobre la aplicación del principio 10 de Latinoamérica y el Caribe, CEPAL (2014).

Declaración de St. George sobre los Principios de Sostenibilidad Ambiental en los países OECS (Revisado 2006).

### Libros, periódicos y artículos

Joseph Foti and Lalanath de Silva, *A Seat at the Table: Including the Poor in Decisions for Development and Environment*, The World Resources Institute (2010).

Stephen Stec, Susan Casey-Lefkowitz and Jerzy Jendroska, eds., *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, DANCEE, United Nations, and the Regional Environmental Center (2000).

### Legislación Nacional

Civil Procedure Rules of Jamaica (2002).

Forest Act of Jamaica (1996).

Environmental Management Act of Trinidad and Tobago (2000).

### Casos

*Belize Alliance of Conservation Non-Governmental Organisations v. Department of the Environment & Anor (Belize)* [2003] UKPC 63 and 2004 [UKPC] 6

*IRC v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1981] 2 All ER 93

*Jamaica Environment Trust v The Natural Resources Conservation Authority and the National Environment and Planning Agency* Claim HCV 05874 of 2010

*People United Respecting the Environment (PURE) v. the Environmental Management Authority* CV 2007-02263 (High Court of Justice of Trinidad and Tobago)

*R. v Secretary of State for the Environment, ex parte Rose Theatre Trust* [1990] 1 QB 504

*Save Guana Cay Reef Association Ltd. and ors. V. The Queen and ors.* [2009] UKPC 448

*The Northern Jamaica Conservation Association and Others v. The Natural Resources Conservation Authority and Another (2006)* HCV 3022 of 2005

### Pags webs

CARICOM website [www.caricom.org](http://www.caricom.org)

Jamaica Environment Trust website [www.jamentrust.org](http://www.jamentrust.org)

NEPA website [www.nepa.gov.jm](http://www.nepa.gov.jm)

OECS website [www.oecs.org](http://www.oecs.org)

## 5.4 Avanzando el Acceso a la Justicia en Latinoamérica y el Caribe: Tendencias y avances Recientes en los Derechos de Acceso Ambientales.

Dra. María L. Banda <sup>699</sup>



*Los derechos ambientales; acceso a la justicia; participación pública; in dubio pro natura; principios emergentes*

*La protección y promoción de los derechos de acceso ambientales son herramientas fundamentales para el desarrollo sostenible. Con un enfoque en el acceso a la justicia, este ensayo examina la evolución y el desarrollo innovador del procedimiento en la jurisprudencia de los tribunales nacionales que se puede utilizar para un mayor estudio y significado a los derechos de acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica y el Caribe. Concluye diciendo, que al facilitar el intercambio de ideas legales a través de las fronteras estatales se puede ayudar a fomentar un mayor acceso a la justicia en la región.*

*La protección y promoción de los derechos de acceso ambientales- es decir, los derechos de acceso a la información, a la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia- son fundamentales para lograr el desarrollo sostenible. Con enfoque en tercer pilar, el acceso a la justicia, este ensayo busca identificar al conjunto de normas y principios procesales que han surgido en la adjudicación interna que puedan ser utilizados para estudiar más a fondo y darle mayor significado al derecho de acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica y el Caribe. Después de una breve revisión de la práctica de los tribunales internacionales de derechos humanos, este trabajo describe las soluciones judiciales innovadoras a los problemas ambientales que puedan ayudar a facilitar la aplicación y el cumplimiento de los derechos ambientales, especialmente para las poblaciones vulnerables. Particularmente, describe tres elementos claves sobre el acceso de la justicia en los tribunales nacionales: (i) legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso colectivo a la justicia, que actúan como una forma de asegurar el acceso a los tribunales; (ii) revisa el uso de los tribunales de los principios interpretativos como in dubio pro natura para lidiar con la ambigüedad jurídica en asuntos ambientales más complejos; y (iii) explora los nuevos tipos de recursos que las Cortes han ideado para hacerle frente a los desafíos particulares que surgen en casos ambientales. Este ensayo concluye que el intercambio de ideas legales a través de las fronteras estatales podría ayudar a fomentar un mayor acceso a la justicia, y que los tribunales en Latinoamérica y el Caribe están en una posición única para liderar en este proceso.*

### INTRODUCCIÓN

La protección y promoción de los derechos de acceso ambientales es una herramienta fundamental para la protección del medio ambiente y de aquellos que lo habitan.<sup>700</sup> Los derechos de acceso, tales como, el derecho de ser escuchado por un tribunal competente, - las preocupaciones de un individuo -son de naturaleza procesal, y se pueden distinguir de los derechos sustantivos, tales como, el derecho a un medio ambiente sano<sup>701</sup>. La importancia de los derechos de acceso está reflejada en una serie de instrumentos internacionales, incluyendo el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992<sup>702</sup> y de la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones para el Desarrollo Sostenible ("ISP", 2000 por sus siglas en inglés)<sup>703</sup>, y más recientemente, en la formulación de un instrumento regional vinculante

699 Este ensayo fue preparado en mi capacidad personal. Las opiniones expresadas son personales y no reflejan las opiniones de WilmerHale LLP o sus clientes.

700 Ver, "Río + 20 Declaración sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental" Congreso Mundial sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental, Río de Janeiro, Brasil, 20 de Junio de 2012, disponible en: [http://www.unep.org/rio20/Portals/24180/Rio20\\_Declaration\\_on\\_Justice\\_Gov\\_n\\_Law\\_4\\_Env\\_Sustainability.pdf](http://www.unep.org/rio20/Portals/24180/Rio20_Declaration_on_Justice_Gov_n_Law_4_Env_Sustainability.pdf) (environmental sustainability cannot be achieved without "effective legal regimes, coupled with effective implementation and accessible legal procedures, including on locus standi and collective access to justice..."); see also "The Johannesburg Principles on the Role of Law and Sustainable Development," UNEP Global Judges Symposium, Johannesburg, South Africa, 20 Aug. 2002, available at <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?ArticleID=3115&DocumentID=259>.

701 La línea que divide los derechos sustantivos y procesales no es siempre clara, y la legislación ambiental no es excepción. See J. W. SALMOND, JURISPRUDENCE: OR THE THEORY OF LAW 577-78 (1902), cited in André Nollkaemper, *International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure*, 23 EUR. J. OF INT'L LAW 769, 772 (2012) ("The law of procedure may be defined as that branch of the law which governs the process of litigation... All the residue is substantive law, and relates not to the process of litigation, but to its purposes and subject-matter... Procedural law is concerned with affairs inside the courts of justice; substantive law deals with matters in the world outside."). Both types of rights are held by individual citizens rather than States.

702 "Rio Declaration on Environment and Development," United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Annex I (12 Aug. 1992) (hereinafter "Rio Declaration").

703 Organization of American States ("OAS"), "Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision-Making for Sustainable Development," CID/RES. 98 (V-O/00), OEA/Ser.W/II.5, CID/DOC.25/00 (20 Apr. 2000) (hereinafter "ISP").

que busque la armonía en la aplicación del Principio 10 en la región de América Latina y el Caribe (ALC)<sup>704</sup>.

Los derechos de acceso se entienden en general como tres pilares que mutuamente se refuerzan: el acceso a la información, a la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia. Los dos primeros pilares tratan sobre procesos democráticos y gobernanza participativa, tales como el derecho público a influir en la toma de decisiones ambientales a través de sus comentarios, la evaluación del impacto ambiental y las audiencias administrativas. Estos derechos de acceso participativo pueden ayudar a crear conciencia en relación a los problemas ambientales, asegurando que la toma de decisiones sea inclusiva, transparente y justa, y con el tiempo, puedan guiar a políticas ambientales informadas y equilibradas.

El tercer pilar- y el enfoque de este ensayo- se refiere a la capacidad pública para solicitar a los órganos judiciales y administrativos competentes la aplicación y el cumplimiento de otros derechos de acceso y derechos sustantivos. Que tiene tanto una dimensión internacional, como nacional.

A nivel internacional, el acceso a la justicia ha sido, en gran parte, sinónimo al acceso a los tribunales regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que cada vez más ha evaluado violaciones a los derechos ambientales como cuestiones de derechos humanos, y por lo tanto, ha jugado un papel importante en el avance de la protección ambiental. Los tribunales de derechos humanos, sin embargo, no están diseñados para, ni pueden proveer una reparación plena y efectiva para la amplia gama de daños ambientales.

Para la mayoría de los demandantes en asuntos ambientales, el acceso a la justicia depende en gran parte de la práctica de los tribunales nacionales, a los que se les solicita diariamente defender las garantías constitucionales y legales para un ambiente sano (donde existan), proveer la rectificación de una amplia gama de supuestas violaciones y garantizar el cumplimiento de la ley.

Por lo tanto, este ensayo está principalmente busca la identificación de un conjunto de normas y principios de procedimiento que han surgido en la legislación doméstica, fallos que se puedan utilizar para estudiar y dar significado al derecho de acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica. Particularmente, resalta los acontecimientos recientes y las innovaciones procesales en los tribunales nacionales, enfocándose en las normas de legitimación activa de obrar en todas sus variantes, principios interpretativos y los recursos.

Seguidamente, el ensayo se estructura en cuatro partes. Después de revisar brevemente los derechos de acceso a nivel internacional en la Sección 2, el presente trabajo analiza el acceso a la justicia ambiental en el contexto nacional en la Sección 3. Primero, examina los recientes acontecimientos en la ley de legitimación activa de obrar en todas sus variantes- en el umbral en los asuntos para demandantes de temas ambientales - en la práctica de varios tribunales superiores de diferentes tradiciones jurídicas; en especial, la Corte Suprema de Filipinas, cuyas innovaciones procesales proveen un caso de estudio oportuno para los países del ALC. Segundo, discute las maneras en que las cortes nacionales han utilizado los principios del derecho internacional ambiental, tal como, el principio *in dubio pro natura*, cuando se deben buscar soluciones en sus jurisprudencias domésticas y proveer rectificaciones. Tercero, revisa el desarrollo para las rectificaciones especiales para los casos ambientales. La Sección 4, concluye con las observaciones sobre la importancia, y las limitaciones, a los derechos de acceso ambientales.

## 1. Los Derechos de Acceso Ambientales en el Derecho Internacional y las Américas: Una Visión

A nivel internacional, los derechos de acceso representan una importante convergencia entre los derechos ambientales y humanos.<sup>705</sup> Los orígenes a los derechos de acceso provienen desde los derechos civiles y políticos reconocidos en todos los principales tratados de derechos humanos en las Américas<sup>706</sup>, y

704 See Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean (June 2012); Santiago Decision on the Declaration on the Application of Principle 10 in LAC (4-6 Nov. 2014).

705 El proceso de evaluación de impacto ambiental es único en respecto a la legislación ambiental, pero también ha formado parte de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos y el derecho internacional

706 See, e.g., 1948 American Declaration of the Rights and Duties of Man (right to freedom of investigation and opinion (Art. IV), to fair trial (Art. XVIII), to participate in government (Art. XX), freedom of assembly (Art. XXI), freedom of association (Art. XXII)); 1969 American Convention on Human Rights (right to fair trial (Art. 7), to receive information (Art. 13), freedom of assembly (Art. 15), freedom of association (Art. 16), to participate in government (Art. 23), right to judicial protection and remedy (Art. 25)).

fuera de la región, tal como el derecho a un juicio justo, a recibir y difundir la información, y a participar en el gobierno.<sup>707</sup> En el contexto ambiental, el Principio 10 de la Declaración de Río 1992, articula los tres pilares de los derechos de: “acceso adecuado a la información” sobre el medio ambiente; “oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones” y “acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.<sup>708</sup>

La Declaración de Río es un documento de carácter no vinculante, pero ha inspirado la codificación para los derechos procesales en una serie de acuerdos ambientales multilaterales. El más significativo es el “Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública en la toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente” de 1998 (Convenio de Aarhus), el cuál impulsó a la legislación del Principio 10, vinculante para sus Estados Partes en Europa y Asia Central. El Convenio de Aarhus, descrito “hasta el momento, como la elaboración más impresionante del Principio 10 de la Declaración de Río”<sup>709</sup>, ha ayudado a fortalecer los derechos de acceso nacionales en los países signatarios. El nuevo instrumento regional sobre el Principio 10 que ha estado bajo negociaciones en la región de ALC, puede ser la nueva

referencia para la elaboración de leyes progresivas, y de servir como modelo sobre los derechos de acceso más allá de la región, sí los Estados Partes acuerdan en mecanismos de cumplimiento y monitoreo fuertes.

El régimen ambiental multilateral, sin embargo, ofrece ciertas oportunidades para presentar quejas<sup>710</sup>, y los demandantes ambientales se han dirigido cada vez más al sistema internacional de *derechos humanos* para las rectificaciones cuando los recursos domésticos han fallado o han sido insuficientes. En los últimos años, los tribunales de derechos humanos han sido receptivos con estas quejas, descubriendo una violación de los derechos humanos sustantivos, tales como el derecho a la vida, la salud, o la privacidad, como resultado a los daños ambientales.<sup>711</sup> El Sistema Interamericano de derechos humanos ha estado al frente de esta “ecologización” de la jurisprudencia de los derechos humanos.

Los tratados de derechos humanos, sin embargo, son generalmente anteriores al surgimiento del derecho internacional ambiental en la década de 1970, y no protegen los derechos ambientales, generalmente. Cuando se considera que el daño al demandante es mitigante, los tribunales se han basado en los derechos de acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, a menudo, para conceder indirectamente la protección de los interés ambientales.<sup>712</sup> Para



707 See, e.g., 1948 Universal Declaration of Human Rights (protecting a right to an effective remedy for acts violating the fundamental rights (Art. 8), a right to a fair and public hearing (Art. 10), the freedom to seek, receive, and impart information and ideas (Art. 19), the freedom of peaceful assembly and association (Art. 20), and the right to participate in government (Art. 21)); 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (right to fair trial (Art. 6), to impart information (Art. 10), to freedom of assembly and association (Art. 11), right to effective remedy (Art. 13)); 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (right to an effective remedy (Art. 2), right to information (Art. 19), right to assembly (Art. 21), right to freedom of association (Art. 22)); 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights (right to fair trial (Art. 7), to receive information (Art. 9), freedom of association (Art. 10), freedom of assembly (Art. 11), to participate in government (Art. 13)).

708 “Rio Declaration on Environment and Development,” United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Annex I (12 Aug. 1992) (hereinafter “Rio Declaration”). See also UNHRC Resolution 2005/60 (2005) (emphasizing the importance of implementing “in particular principle 10, in order to contribute, inter alia, to effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy.”). See also Rio+20 Outcome Document, “The Future We Want,” UN Doc. A/CONF.216/L1 (reissued for technical reasons on 22 July 2012), ¶ 43 (“underscor[ing] that broad public participation and access to information and judicial and administrative proceedings are essential to the promotion of sustainable development.”) & ¶ 99 (“encourag[ing] action ... to promote” access rights).

709 Svitlana Kravchenko, *Environmental Rights in International Law: Explicitly Recognized or Creatively Interpreted?*, 7 FLA. A & M U. L. REV. 163, 176 (2012) (quoting former UN Secretary-General Kofi Annan).

710 El mecanismo de cumplimiento bajo el Convenio de Aarhus es una de las excepciones.

711 See, e.g., *Saramaka People v. Suriname* (Merits), Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172 (2007) (right to property); *Kuna of Madungandí et al. v. Panama* (Merits), Inter-Am. Ct. H.R., No. 125 (2012) ¶ 233 (precondition for other rights). See also *Öneryıldız v. Turkey*, Eur. Ct. H.R., App. No. 48939/99 (2004) (finding, inter alia, violation of right to life).

712 See, e.g., *Claude-Reyes v. Chile*, Inter-Am. Ct., (ser. C) No. 151 (19 Sept. 2006) (recognizing the right to access to environmental information in connection with freedom of expression under Art. 13 of the American Convention). See also *Dées v. Hungary*, Eur. Ct. H.R., App. No. 2345/06 9 Nov. 2010) (lengthy administrative proceedings relating to environmental rights may violate the right to a fair hearing); *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et al. v. Kenya*, Afr. Comm'n H. & Peoples' R., No. 276/2003 (4 Feb. 2010) (failure to conduct an environmental impact assessment contributed to a violation of the right to property).

muchos demandantes, los derechos de acceso han sido los principales, sino los únicos, medios para lograr la protección del medio ambiente a través del sistema de derechos humanos.

Esto es una limitación obvia. Sin un tratado básico al derecho a un medio ambiente sano, los tribunales no pueden proveer reparación a una multitud de daños ambientales que no están violando directamente, o inmediatamente, los derechos humanos, tales como la deforestación a gran escala o la destrucción de hábitats, la desertificación o el colapso de los ecosistemas. Tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó en un caso que implicaba una grave degradación ambiental y daño a la vida silvestre, después del drenaje ilegal de un pantano, al menos que el daño ambiental afecte directamente los derechos individuales, las protecciones del tratado no se activan, ya que ninguno de los “Artículos de la Convención [Europea] están específicamente diseñados para proveer protección general al medio ambiente como tal...”<sup>713</sup> El Tribunal sugirió que la legislación nacional puede ser “más pertinente” para tratar este tipo de daños, y la aplicación de esas leyes es en el ámbito de competencia de los tribunales nacionales.<sup>714</sup>

Por consiguiente, la siguiente sección examina el acceso a la justicia ambiental desde la perspectiva de los tribunales nacionales, quienes tienen el oficio de interpretar, aplicar y cumplir una variedad de disposiciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente.

## 2. Acceso a la Justicia en las Cortes Nacionales: Tendencias y avances Recientes

El derecho de acceso a la justicia no está definido en el derecho internacional, o en la mayoría de leyes nacionales, pero se entiende generalmente como el derecho a que una autoridad competente escuche las quejas de una persona y dicte reparaciones. En la práctica, este derecho comprende un *conjunto* de derechos procesales, incluyendo la legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso colectivo a la justicia, carga y apreciación de prueba, el uso de prueba científica y técnica y los recursos, o reparaciones. Esta sección examina tres ingredientes procesales del derecho a la justicia que surgen en el proceso judicial y pueden ofrecer una orientación para aprendizaje transversal: (i) legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso colectivo; (ii) principios interpretativos; (iii) reparaciones.

Antes de discutir los derechos procesales, sin embargo, es importante tomar nota que el derecho de acceso a la justicia en si mismo no es una panacea: su propósito es asegurar el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos sustantivos para “liberar a la humanidad...de la amenaza de vivir en un planeta irremediamente dañado por las actividades humanas.” Para ello es necesario abordar una serie de otras barreras prácticas a la justicia. Por ejemplo, sin contar con abogados disponibles para presentar demandas ambientales, sin tribunales imparciales o independientes para proveer medidas cautelares e imponer sanciones a los infractores, y sin el estado de derecho para asegurar que se respeten y se cumplan las decisiones judiciales, la concesión de los derechos ambientales procesales (y sustantivos) puede ser insignificante.<sup>715</sup>

## 3. La Doctrina de la legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso colectivo

La legitimación activa de obrar en todas sus variantes y acceso colectivo, *locus standi*, es un derecho procesal fundamental y un requisito previo para el cumplimiento de otros derechos ambientales,<sup>716</sup> cual decide que personas legales o naturales pueden presentarse ante una autoridad administrativa. Generalmente, al inicio de los procesos determina los actos legítimos de obrar, actuando como “guardián”, para descartar aquellos demandantes con reclamaciones triviales, “entrometidos”, y “chiflados”.<sup>717</sup> Interpretado débilmente, esta doctrina puede inundar las cortes con demandas frívolas y resultar en un abuso del proceso; pero interpretado estrictamente, puede cerrar las puertas de las cortes a aquellos demandantes con quejas legítimas,

---

713 Kyratos v. Greece, Eur. Ct. H.R., App. No. 41666/98, Judgment 52-53 (22 May 2003).

714 *Id.* See also Alan Boyle, Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment, 18 FORDHAM ENVTL. LAW REV. 471, 489, 506, 510-11 (2007) (arguing that victories for environmental protection are the incidental consequence of human rights litigation, not the result of any commitment to a particular kind of environment).

715 As the ECOWAS Court observed, “the adoption of legislation, no matter how advanced it may be, or the creation of agencies inspired by the world’s best models... may still fall short... if these measures just remain on paper.” Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria, ECOWAS Ct. of Justice, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/18/12 105 (24 Dec. 2012).

716 See UNEP Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters (2010), Nos. 15-18 (hereinafter “Bali Guidelines”).

717 See, e.g., *North Queensland Conservation Council Inc. v. Executive Director, Queensland Parks and Wildlife Service*, [2000] QSC 172 (14 June 2000), 12 (Aust.).

Organización Sociedad Civil (OSC) de interés público, las comunidades indígenas, o los grupos vulnerables, cuyo interés en el asunto puede ser considerado muy indirecto, impreciso, hipotético o remoto.

En ninguna parte es este riesgo más pronunciado que en los casos ambientales, ya que por su propia naturaleza, son difíciles de conciliar con las reglas tradicionales de la legitimación activa de obrar. La mayoría de las doctrinas de legitimación activa de obrar requieren que un demandante sea afectado directamente por el daño, y que sea existente o inminente. Sin embargo, los daños ambientales son a menudo inciertos, pueden ocurrir en el futuro y están dispersados a través del tiempo y el espacio, e incluyen mucha incertidumbre científica. Esto ha hecho que las disputas de cambio climático, por ejemplo, los complejos procesos: evidenciar el impacto climático, y relacionarlo con daños específicos sufridos por los demandantes y demostrar la causalidad, sea extremadamente difícil. En otros casos, el efecto acumulativo de muchos daños no relacionados puede resultar en una amenaza repentina al ecosistema y los que dependen de él, como el colapso global de las colmenas, pero que no se prestan fácilmente al proceso de adjudicación.

No es sorprendente que una de las recomendaciones claves en la ISP es que los Estados “amplíen la legitimación activa de obrar” para todas las personas y comunidades afectadas e interesadas en los casos ambientales.<sup>718</sup> Aun hoy en día, sin embargo, las limitaciones a la legitimación activa de obrar en casos ambientales permanece como una barrera clave al acceso a la justicia en la región ALC.<sup>719</sup> A pesar que la mayoría de las jurisdicciones cuentan con doctrinas de legitimación activa, sus contenidos varían: el derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones ambientales solo establecen las mínimas normas que exigen a los Estados facilitar el acceso a la justicia, pero les dejan la mayor parte del contenido de las normas de procedimiento, incluyendo la legitimación activa, a disposición de las leyes nacionales. Incluso bajo el Convenio de Aarhus, cual espera que los Estados Partes “proporcionen un amplio acceso a la justicia a un público interesado”, cada Estado Parte decide por sí mismo quien y bajo que condiciones tiene acceso a los tribunales, “en conformidad con las leyes nacionales”.<sup>720</sup> En la región ALC, el nuevo instrumento regional también probablemente solamente establezca el fundamento para los derechos de acceso, permitiendo que los Estados puedan tener considerable discreción en su aplicación. Esto demuestra que el aprendizaje y el intercambio de buenas prácticas a través de la región es sumamente importante para asegurarse que los objetivos de la justicia ambiental sean implementados adecuadamente y equitativamente.

En general, los países con un derecho a un medio ambiente sano arraigado en su constitución tienden a tener reglas de legitimación activa abiertas para los casos ambientales que los países donde los demandantes de interés público dependen únicamente de las leyes de prescripción ambientales.<sup>721</sup> Las cortes en muchos países Latinoamericanos han avanzado en lidiando con casos ambientales, ayudado en parte por la “ecologización de las Constituciones” de la región (la mayor parte de lo que incorpora los principios ambientales en la actualidad)<sup>722</sup> La constitución de Chile, por ejemplo, protege el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”.<sup>723</sup> En un famoso caso en 1997, la Corte Suprema de Chile sostuvo que este derecho se debe a todos los ciudadanos y exhorto a adherirse a los demandantes en un proyecto de tala grande en los bosques de la Tierra del Fuego, a pesar que los demandantes no habían sufrido personalmente ningún daño.<sup>724</sup> Los otros tribunales superiores también han sostenido que la concesión de un derecho a un medio ambiente sano, implícitamente permite una legitimación activa de obrar a los demandantes<sup>725</sup>, mientras que unas constituciones, incluyendo la de Brasil, proveen la legitimación activa abierta a las personas que buscan proteger sus derechos ambientales.<sup>726</sup>

718 ISP, at pp. 7, 22-23. See also Bali Guideline 18 (“States should provide broad interpretation of standing in proceedings concerned with environmental matters with a view to achieving effective access to justice.”).

719 See Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), “Access to Information, Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean: Situation, Outlook and Examples of Good Practice,” LC/L.3549/Rev.1 (12 Apr. 2013).

720 See Aarhus Compliance Committee, Findings and Recommendation with Regard to Compliance by Belgium (Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen VZW), Comm. No. ACCC/C/2005/11 (16 June 2006), 33-36.

721 George (Rock) Pring & Catherine (Kitty) Pring, Specialized Environmental Courts and Tribunals at the Confluence of Human Rights and the Environment, 11 OR. REV. INT’L L. 301, 323 (2009).

722 See Jorge Caillaux et al., Environmental Public Participation in the Americas, in C. BRUCH (ED.), THE NEW “PUBLIC”: THE GLOBALIZATION OF PUBLIC PARTICIPATION 105 (ELI: 2002).

723 See Constitución de 1980, Art. 19(B) (Chile).

724 See Decision No. 2.732-96 (the “Trillum Case”), Supr. Ct., 19 Mar. 1997, ¶ 13 (Chile), available at <http://www.elaw.org/node/1310>.

725 See, e.g., Adriana Fabra & Eva Arnal, *Review of jurisprudence on human rights and the environment in Latin America*, Background Paper No. 6, Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment, 14-16 Jan. 2002, Geneva (discussing the practice of the Argentine Supreme Court). See also Louis J. Kotzé & Anel du Plessis, *Some Brief Observations on 15 Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa*, 3 J. CT. INNOVATION 157, 163-65 (2010) (discussing South Africa’s liberal locus standi provisions).

726 See Constituição Federal, Art. 5 (Brazil) (“[A]ny citizen has standing to institute an action seeking to annul an act . . . to the environment, . . . and the plaintiff is, except in the event of proven bad faith, exempt from court costs and from the burden of loss of suit.”). See also Constitución, Art. 26 (Venez.) (“Everyone has the right to access the organs comprising the justice system for the purpose of enforcing his or her rights and interests, including those of a collective or diffuse nature to the effective protection . . .”).

En los países donde la constitución es silenciosa a los derechos ambientales, los demandantes han dependido en las disposiciones ciudadanas en leyes ambientales para avanzar con litigio de interés público, como en los Estados Unidos, y en las acciones civiles tradicionales.<sup>727</sup>

Sin embargo, algunas cortes han permitido un acceso colectivo a través de interpretación creativa incluso en la ausencia de afianzamiento constitucional. La Corte Suprema de la India, por ejemplo, basa el derecho a un medio ambiente sano mediante la interpretación amplia del derecho constitucional a la vida. Para asegurar su cumplimiento, la Corte modificó las reglas de procedimiento y ratificó un acceso colectivo en casos ambientales.<sup>728</sup> Como observó el Juez Presidente de la Corte Suprema de la India, “ha recaído frecuentemente en el poder judicial proteger los intereses del medio ambiente, debido a la vaga retroalimentación de la legislatura, y la debilidad de la administración”.<sup>729</sup>

El activismo ambiental de la Corte Suprema de la India es bastante reconocido, pero la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de las Filipinas ha demostrado ser revolucionario y manifiesta un estudio de caso interesante.

La Constitución de las Filipinas de 1987, al igual que muchas constituciones de Latinoamérica adoptadas después de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972, protege el “derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”.<sup>730</sup> También autoriza a la Corte Suprema crear normas de procedimiento necesarias para el cumplimiento de estos derechos sustantivos.<sup>731</sup>

Desde 1993, la Corte Suprema de las Filipinas observó que el derecho a un medio ambiente sano sería aplicable incluso si no se fundamenta en la Constitución, ya que “existe desde el inicio de la humanidad”.<sup>732</sup> Sobre esta base, la Corte permitió que un grupo de demandantes de interés público tuvieran legitimación activa de obrar, y presentaron sus demandas, no sólo en su propio nombre, sino que también en representación de futuras generaciones.<sup>733</sup> En 2006, la Corte fue más allá aceptando que la legitimación activa de obrar en caso ambientales es un “proceso técnico que puede, a discreción de la Corte, ser puesto a un lado en vista de la importancia de la cuestión planteada”.<sup>734</sup>

A pesar de estas normas de legitimación activa de obrar, la Corte Suprema de las Filipinas encontró que había una necesidad de “normas más específicas que puedan abordar los problemas de procedimiento particulares a los casos ambientales”,<sup>735</sup> en 2010, promulgó las nuevas Normas de Procedimiento para Casos Ambientales.<sup>736</sup>

Entre otras disposiciones, la Corte adoptó una nueva disposición de demanda ciudadana<sup>737</sup> para promover “la liberación de la legitimación activa de obrar de los casos presentados para hacer cumplir las leyes ambientales”.<sup>738</sup> Además, el Tribunal adoptó una nueva acción civil especial, los derechos de recurso de kalikasan (“naturaleza”) para aumentar el acceso a la justicia ambiental en las Filipinas.<sup>739</sup> El “recurso de la

727 See also Jorge Caillaux et al., *Environmental Public Participation in the Americas*, in C. BRUCH (ED.), THE NEW “PUBLIC”: THE GLOBALIZATION OF PUBLIC PARTICIPATION 118 (ELI: 2002).

728 See Const., Art. 48A (India) (providing that the State, as a policy directive, “shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country.”).

729 See generally Bharat H. Desai & Balraj Sidhu, *On the Quest for Green Courts in India*, 3 J. CT. INNOVATION 79, 91, 97 (2010) (noting that plaintiffs took advantage of the liberalized rule of *locus standi* to seek judicial intervention [concerning] ... constitutionally recognized environmental rights that related more to diffuse interests than to ascertainable injury to individuals”). For the practice of the high courts in Pakistan, Bangladesh, Nepal, and Colombia, see James R. May & Erin Daly, *Vindicating Constitutionally Entrenched Environmental Rights Around the Globe*, 11 Or. Rev. Int’l L. 365, 399-401 (2010).

730 See Const. (1987), Art. II, § 16 (Phil.) (“The State shall protect and advance the right of the people to a balanced and healthful ecology in accord with the rhythm and harmony of nature.”).

731 See *id.* at Art. VIII, § 5(5) (“The Supreme Court shall have the following powers . . . Promulgate rules concerning the protection and enforcement of constitutional rights, pleading, practice, and procedure in all courts . . .”).

732 See *Oposa et al. v. Factoran*, G.R. No. 101083, 224 SCRA 792, 30 July 1993 (Phil.) (“Such a right belongs to a different category of rights altogether for it concerns nothing less than self-preservation and self-perpetuation . . . the advancement of which may even be said to predate all governments and constitutions. As a matter of fact, these basic rights need not even be written in the Constitution for they are assumed to exist from the inception of humankind.”)

733 See *id.*

734 See *Henares et al. v. Land Transportation Franchising and Regulatory Board*, G.R. No. 158290, 505 SCRA 104 (23 Oct. 2006) (Phil.) (emphasis added). This is consistent with the Court’s doctrine that the rules of standing may be relaxed in cases that raise issues of “transcendental importance.” See Justice Presbitero J. Velasco, *Manila Bay: A Daunting Challenge in Environmental Rehabilitation and Protection*, 11 OR. REV. INT’L L. 440, 445 (2010).

735 See Annotation to the Rules of Procedure for Environmental Cases (Phil.), p. 98, available at [http://philija.judiciary.gov.ph/images/A.m.%20No.%2009-6-8-SC\\_annotatn.pdf](http://philija.judiciary.gov.ph/images/A.m.%20No.%2009-6-8-SC_annotatn.pdf) (hereinafter “Annotation”).

736 See Rules of Procedure for Environmental Cases, A.M. No. 09-6-8-SC (Phil.), available at [http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am\\_09-6-8-sc\\_2010.html](http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am_09-6-8-sc_2010.html) (hereinafter “Rules”).

737 Rule 2, § 5 (“Citizen suit. — Any Filipino citizen in representation of others, including minors or generations yet unborn, may file an action to enforce rights or obligations under environmental laws.”).

738 See Annotation, p. 111.

739 See Rule 7.

naturaleza” es un recurso extraordinario centrado en los daños ambientales de gran magnitud que trascienden los límites políticos y territoriales.<sup>740</sup> Cualquier persona puede presentar un recurso, sin cuota, solicitar medidas cautelares que involucren actos u omisiones que amenazan el derecho constitucional a un medio ambiente sano.

Todavía es demasiado pronto para decir que efecto tendrán las nuevas normas de liberación en la aplicación legítima activa de leyes ambientales en las Filipinas. Hasta el momento, la Corte Suprema ha dictado una medida cautelar en al menos dos recursos de naturaleza hasta la fecha, incluyendo un caso en el que un grupo de ciudadanos solicitan la ejecución de una ley, por largo tiempo olvidada, en relación a la captación de agua de lluvia como una forma de mitigar los efectos de cambio climático en forma de inundaciones torrenciales y periodos de sequía.<sup>741</sup>

Otras normas innovadoras de procedimiento de la Corte promulgadas en 2010 incluyen ordenes temporales y a largo plazo de protección al medio ambiente, Litigación Estratégica contra la Participación Pública (SLAPP, por sus siglas en inglés), normas sobre periodos de aplazamiento o carencia y de recuperación de costos, así como el recurso de Mandamus continua y el principio precautorio; ambos se discuten a continuación.

Los tribunales también se enfrentan otras dificultades conceptuales y procesales al momento de decidir la legitimación activa de obrar y el acceso colectivo en casos ambientales.

Uno de estos desafíos se refiere a los derechos de la naturaleza. Pocas constituciones nacionales protegen al medio ambiente *en sí*,<sup>742</sup> y un demandante reclamando la violación de sus derechos constitucionales (tal como el derecho a la vida, los medios de vida o la salud) como resultado de un daño ambiental, por lo general, le resulta más fácil establecer una legitimación activa de obrar y poder expresar sus quejas, que un demandante que disputa por el derecho de los ríos libres o que los bosques permanezcan salvajes. Tal como el Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos observó, “las estrategias de derechos humanos son un elemento vital de cualquier estrategia legal efectiva para la protección del medio ambiente. *Las personas, después de todo, tienen legitimación activa de obrar, incluso en las jurisdicciones donde el medio ambiente no lo tiene*”.<sup>743</sup>

Unas cuantas jurisdicciones cuentan con legislación ambiental que contiene disposiciones de “demandas ciudadanas”, que permiten a personas u organizaciones no gubernamentales con un interés demostrado en la materia, a presentar demandas legales acerca de la salud de los bosques o de la vida silvestre y garantizar el cumplimiento del gobierno con la ley.<sup>744</sup> Aun así, relativo al proceso, un demandante que busca legitimación activa en nombre del medio ambiente en ausencia de cualquier daño directo a sí mismo (eco-céntrico) tiene una carga (distribución) más alta que un demandante que busca legitimación activa en su propio nombre (antropocéntrico).

Esto puede dificultar que se escuchen los casos de daños ambientales graves que no involucran víctimas humanas inmediatas, aunque podrían tener efectos generalizados y de largo plazo. Para superar esta limitación, el juez William O. Douglas de la Corte Suprema de Estados Unidos argumentó en un famoso caso

---

740 Annotation, p. 133 et seq.

741 See Hilario G. Davide Jr. (ret. Chief Justice), *The Environment as Life Sources and the Writ of Kalikasan in the Philippines*, 29 PACE ENVTL. L. REV. 592, 598 (2012).

742 See, e.g., Dinah Shelton, *Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?*, 35 DENV. J. OF INT'L L. AND POL'Y 129, 163 (2006).

743 Statement of High Commissioner for Human Rights Navi Pillay at the UNEP World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability, Rio de Janeiro, 20 June 2012, available at <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12263&LangID=e> (emphasis added).

744 En los Estados Unidos, hasta el 75% de los casos ambientales federales de 1993-2002 se basaron en disposiciones por las demandas de ciudadanos. James R. May, *Now More Than Ever: Trends in Environmental Citizen Suits at 30*, *Environmental Citizen Suits at Thirtysomething*, 10 WIDENER L. REV. 1, 8 (2003). Las cortes federales de Estados Unidos inicialmente interpretaron estas disposiciones ampliamente, permitiendo que los ciudadanos y las ONGs pudieran actuar como “fiscal general privado” See, e.g., *Calvert Cliffs' Coordinating Comm., Inc. v. U.S. Atomic Energy Comm'n*, 449 F.2d 1109, 1111 (D.C. Cir. 1971) (“But it remains to be seen whether the promise of this legislation will become a reality. Therein lies the judicial role... Our duty, in short, is to see that important legislative purposes, heralded in the halls of Congress, are not lost or misdirected in the vast hallways of the federal bureaucracy.”). The U.S. Supreme Court has gradually narrowed the standing doctrine through statutory interpretation. See, e.g., *Summers v. Earth Island Inst.*, 129 S. Ct. 1142, 1149 (2009) (internal citations omitted) (“[W]hen the plaintiff is not himself the object of the government action or inaction he challenges, standing is not precluded, but it is ordinarily substantially more difficult to establish.”); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) (“To say that the Act protects ecosystems is not to say that the Act creates (if it were possible) rights of action in persons who have not been injured in fact, that is, persons who use portions of an ecosystem not perceptibly affected by the unlawful action in question.”) See generally *Maria Banda, Comment, Summers v. Earth Island Institute*, 34 HARV. ENVTL. L. REV. 321 (2010).

745 *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 741 (1972), dissenting opinion by Justice William O. Douglas, citing Christopher Stone, *Should Trees Have Standing?—Toward Legal Rights for Natural Objects*, 45 S. CAL. L. REV. 450 (1972); see also Prudence Taylor, *From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law*, 10 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 309 (1998).

en 1972 que los árboles, o cualquiera que hablaba de ellos, debía tener legitimación activa.<sup>745</sup> Esta cuestión no ha progresado en los Estados Unidos, a diferencia de Latinoamérica, donde el Ecuador<sup>746</sup> y Bolivia<sup>747</sup> han adoptado leyes eco-céntricas, y en Nueva Zelanda, donde el gobierno y la comunidad Maori reconocieron los derechos legales del Río Wanganui. También, el caso pendiente ante la Corte Suprema de Filipinas donde los demandantes están buscando legitimación activa como los protectores de los mamíferos marinos cuyo hábitat esta amenazado por la actividad minera y explotación submarina.<sup>748</sup> Si se concede, esto podría ampliar el alcance en gran medida de las reclamaciones ambientales a favor de la naturaleza.

La legitimación activa intergeneracional y transnacional representan un desafío común para la región ALC, cual se esta convirtiendo cada vez mas urgente en virtud de los crecientes impactos del cambio climático y los daños transfronterizos. Tanto los derechos humanos como los derechos ambientales aun deben proporcionar una solución viable para abordar estas cuestiones.

#### 4. Principios Interpretativos

Aunque no de procedimiento por si mismos, los principios interpretativos que ayudan a los jueces interpretar la ley cuando las disposiciones subyacentes no son claras, puede afectar el proceso judicial y los resultados substantivos de manera importante. Por lo tanto son ingredientes esenciales para el derecho de acceso a la justicia. Existe evidencia que las cortes nacionales están confiando cada vez más en los principios de la ley internacional de medio ambiente, tales como el principio de precaución, el de quien contamina paga y la equidad inter-generacional, para resolver los casos ambientales cuando no existe una ley nacional clara sobre la cuestión.

El principio de precaución, articulado en el Principio 15 de la Declaración de Río de 1992,<sup>749</sup> ha resultado decisivo en la adjudicación del medio ambiente en varias jurisdicciones ya que permite la reparación, incluyendo desagravio por mandato judicial, en los casos de daños graves e irreparables del medio ambiente, a pesar de la falta de evidencia científica.

Varias jurisdicciones de Latinoamérica han incluido el principio de precaución en su legislación. Las cortes a menudo se han basado en el principio de precaución, referido como, in dubio pro natura, por su nombre en Latín, (“en caso de duda, favorecer a la naturaleza”) lo que podría contrarrestar el principio común de *in dubio pro reo* (“en caso de duda, por el acusado”) en casos ambientales. La Corte Suprema de Costa Rica, por ejemplo, ha invocado el principio *in dubio pro natura* para prohibir las actividades que puedan causar daños ambientales irreversibles.<sup>750</sup> De la misma manera, los tribunales de Brasil han aplicado este principio en los casos de deforestación ilegal, eliminación de amianto y la contaminación severa por mercurio.<sup>751</sup>

En las Filipinas, la Corte Suprema declaró el principio de precaución como una regla valida para evidencia en el Reglamento de 2010, que se aplica cada vez que haya falta de certeza científica absoluta para establecer una relación de causalidad entre la actividad humana y el medio ambiente”.<sup>752</sup> Por otra parte, según el Reglamento, “el derecho constitucional de las personas a una ecología equilibrada y saludable recibirá el beneficio de la duda”.<sup>753</sup> La Corte explicó que “el principio precautorio atribuye la prueba de daño separadamente de aquellos propensos a sufrir los daños, y a los que desean cambiar el *status quo*” que permitirá a las cortes enfrentar los futuros problemas antes que pueda surgir consenso científico ambiental”.<sup>754</sup>

746 See Constitución de 2008 (Ecuador), Sec. 7 (Right of Nature). See also *Wheeler y Huddle v. Director de la Procuraduría General del Estado en Loja* (30 Mar. 2011), Judgment No. 11121-2011-10, Case No. 826, Provincial Ct. Just. of Loja (Ecuador) (affirming constitutional right of Vilcabamba River to flow and ordering full restoration).

747 See Law No. 71 (2010) on the Rights of Mother Earth; Framework Law No. 300 (2012) for Mother Earth and Integrated Development to Live Well.  
748 *Resident Marine Mammals of the Protected Seascape Tañón Strait, e.g., Toothed Whales, Dolphins, Porpoises, and Other Cetacean Species, Joined in and Represented Herein by Human Beings Gloria Estenzo Ramos, et al. v. Reyes, G.R. No. 181527 (Phil.)*.

749 Rio Declaration, Principle 15 (“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”).

750 See, e.g., Recurso de amparo, Res. N° 2011-016316, *Quesada v. Municipalidad de Moravia et al.*, Constitutional Chamber of the Supreme Court, 25 Nov. 2011 (Costa Rica) (holding that, based on the Constitution and Principle 15 of the Rio Declaration, if there is uncertainty as to whether an activity will cause serious and irreparable damage (to groundwater), the administration should refrain from such activities).

751 See, e.g., *BrasilIt Indústria e Comércio Ltda et al. v. State Prosecutor of Rio de Janeiro*, Special Appeal No. 1.367.923 - RJ (2011/0086453-6), Sup. Ct. of J. (27 Aug. 2013) (per Martins J.) (upholding a judgment by Justice Herman Benjamin), available at [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130906-05.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130906-05.pdf); *Ministério Público do Estado de Minas Gerais v. Pereira*, Special Appeal No. 1.198.727 – MG (2010/0111349-9), Sup. Ct. of J. (14 Aug. 2012), available at [http://abrampa.org.br/doc/processo\\_indenizacao.pdf](http://abrampa.org.br/doc/processo_indenizacao.pdf); *Alberto Pasqualini Refap S/A v. State Prosecutor of Rio Grande Do Sul*, Special Appeal No. 883.656 – RS (2006/0145139-9), Sup. Ct. of J. (9 Mar. 2010).

752 Rule 20.

753 *Id.*

754 Annotation, p. 158.

Algunas jurisdicciones han aplicado el principio precautorio sobre la base del derecho internacional. La Corte Suprema de la India había famosamente proclamado en 1996 que el “principio precautorio y el principio quien contamina paga son parte del derecho ambiental del país” basado en las disposiciones constitucionales y legales de la India y el derecho internacional consuetudinario<sup>755</sup>. En un caso histórico en 2003, los tribunales de Indonesia se basaron en el principio precautorio para encontrar que las actividades de tala habían causado un deslizamiento de tierra, lo cual resultó en una serie de muertes y la destrucción de muchas casas en un pueblo, y otorgaron una indemnización a la comunidad sobre estas bases.<sup>756</sup> El principio precautorio no era parte de la legislación ambiental de Indonesia, pero las cortes razonaron que era ‘*jus cogens*’, una norma de derecho imperativo o perentorio del derecho internacional que no admite anulación, y por lo tanto puede ser utilizado para “llenar el vacío legal”.<sup>757</sup>

## 5. Recursos

Otro elemento fundamental del acceso a la justicia es el acceso a recursos efectivos para la violación de los derechos ambientales, incluyendo la justa y adecuada compensación, así como la restauración, en algunos casos. La Convención Aarhus, por ejemplo, establece que la revisión judicial o administrativa de las quejas ambientales debe “proveer recursos efectivos y adecuados, incluyendo medidas cautelares, si son apropiadas, y ser justo, equitativo, oportuno y no excesivamente caro”.<sup>758</sup>

En ciertas ocasiones, los tribunales han considerado necesario elaborar nuevos tipos de recursos para abordar los daños ambientales, incluyendo medidas cautelares y de supervisión. Por ejemplo, la Corte Suprema de Filipinas adoptó un nuevo auto de cumplimiento continuo como parte de las normas de 2010, que dirige cualquier agencia del gobierno para llevar a cabo un acto decretado por sentencia judicial, que deberá permanecer en vigor hasta que el juicio este totalmente satisfecho.<sup>759</sup> La Corte ya había puesto en práctica este remedio en un caso anterior,<sup>760</sup> pero las reglas codificaron al auto como “uno de los principales remedios que pueden ser aprovechados en los casos ambientales”.<sup>761</sup> Interesantemente, el proceso de las Filipinas está modelado en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India,<sup>762</sup> cual abrió nuevos caminos al crear comités de expertos para supervisar y monitorear el cumplimiento del gobierno con las ordenes judiciales, incluyendo una orden para limpiar el Río Ganges.<sup>763</sup>

Por ultimo, otro desarrollo que ha afectado la disponibilidad de recursos ha sido la creación sin precedentes de tribunales ambientales especializados en la última década. Esto puede permitir nuevas posibilidades en la aplicación y monitoreo del cumplimiento de los remedios judiciales emitidos por los organismos que pueden tener conocimientos especializados y mayor experiencia que los tribunales ordinarios para tratar asuntos complejos ambientales. Por decir, solo la suprema corte de Filipinas designo 117 tribunales especiales en el 2008 para solventar casos ambientales, y un número así de tribunales se han creado en la India y China.<sup>764</sup>

Para cumplir con sus mandatos, sin embargo, los tribunales necesitan el continuo apoyo de los poderes políticos, como demuestra el corto experimento en Sudáfrica con los tribunales verdes (donde el proyecto no se pudo ejecutar por la falta de voluntad política para proporcionar los fondos necesarios). Garantizar el acceso a la justicia en otros casos puede requerir sobrepasar la dificultad de costos y practica para llegar a un tribunal. El proyecto de Brasil en las Amazonas “corte-en-un-barco (“court-on-a-boat”, por sus siglas en inglés), tribunales en móviles-y-casa, y el programa Interamericano de facilitadores judiciales son algunas de las maneras innovadoras para llevar la justicia a las zonas remotas y rurales.

---

755 See *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, 5 S.C.R. 251 (28 Aug. 1996) (India).

756 See Bandung District Court, Dec. No. 49/Pdt.G/2003/PN.BDG (4 Sept. 2003), upheld on appeal, Supreme Court, Dec. No. 1794 K/Pdt/2004 (22 Jan. 2007) (Indon.) (the “Mandalawangi Landslide Case”). See generally Imamulhadi, *Development of Precautionary Principle and Strict Liability in Environmental Disputes in the Courts*, 25 MIMBAR HUKUM 417 (2013) (Indonesian: “Perkembangan Prinsip Strict Liability Dan Precautionary Dalam Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup Di Pengadilan”).

757 *Id.*

758 Aarhus Convention, Art. 9(4) (States “shall provide adequate and effective remedies, including injunctive relief as appropriate, and be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.”).

759 Rule 1, § 4(c).

760 *Concerned Residents of Manila Bay v. MMDA*, G. R. Nos. 171947-98, 18 Dec. 2008 (Phil.).

761 See Annotation, p. 104.

762 See Annotation, p. 103 (citing T.N. *Godavarma* v. Union of India & Ors, 2 SCC 267 (1997), and Vineet Narain v. Union of India, 1 SCC 266 (1998) (India)).

763 James R. May & Erin Daly, *Vindicating Constitutionally Entrenched Environmental Rights Around the Globe*, 11 OR. REV. INT’L L. 365, 423, 432 (2010) (arguing that placing the burden on the successful plaintiff to bring repeated compliance actions would be expensive and unfair); see *id.* at 435 et seq. for other examples of remedies.

764 See generally Nicholas A. Robinson, *Ensuring Access to Justice Through Environmental Courts*, 29 PACE ENVTL. L. REV. 363 (2012).

## Conclusión La importancia de los derechos de acceso ambientales en las Américas

“El ámbito del derecho”, constatado por el ex Director Ejecutivo del Programa del Medio Ambiente de la ONU, “ha sido, en muchos aspectos, la relación débil en el esfuerzo mundial para ofrecer un mundo más limpio, sano, y últimamente, más justo”. Existen numerosas cantidades de convenios internacionales y leyes nacionales ambientales, pero “al menos que estos se cumplan, y apliquen, entonces solamente son símbolos y documentos”.

Los derechos de acceso ambientales son clave para asegurar que las leyes ambientales sean más que “documentos”. Sin embargo, el acceso a la justicia ambiental, como lo sugiere el análisis, depende en gran medida de cómo lo interpreta la jurisprudencia nacional, como se aplica y se hacen cumplir los derechos ambientales substantivos y procesales. Un derecho constitucional garantizado, el derecho a un medio ambiente sano, por sí mismo, no asegura el acceso a la justicia en los tribunales que no hacen cumplir los derechos procesales o interpretan las leyes de aplicación, o cuando el gobierno no cumpla con las ordenes judiciales.

Los esfuerzos para expandir el acceso para los demandantes ambientales, como en las Filipinas, puede ayudar a complementar la capacidad de supervisión limitada y el cumplimiento por el Estado, mientras que la aplicación de los principios de interpretación, tales como lo utilizan los jueces brasileños, puede ayudar a proteger a las poblaciones vulnerables y sus ecosistemas. Estos procesos ambientales y los remedios son ejemplos de los tipos de soluciones procesales que están surgiendo en los distintos tribunales nacionales, lo que puede favorecer a un acceso más rápido y efectivo a la justicia en casos ambientales, que generalmente son complejos en cuestiones procesales y difíciles de gestionar con las herramientas tradicionales de proceso.

Vale la pena mencionar que las nuevas normas de procedimiento de la Corte Suprema de Filipinas están basadas y formadas por las leyes del país. Un tribunal en un país que carece de fundamentos constitucionales o legales probablemente no pueda seguir este ejemplo. De hecho, algunos tribunales se han negado a pronunciarse sobre el fondo de casos ambientales en ausencia de una orientación clara de la legislación, ya que al hacerlo, puede constituir extralimitación judicial e interferir con la política compleja de gobierno.

En algunas situaciones, los principios jurídicos internacionales pueden ayudar a los jueces llenar los vacíos, como se ha discutido anteriormente con referencia al principio precautorio o el principio in dubio pro natura, que han sido aplicados por los tribunales de la India y Filipinas, y se han visto favorecidos en Brasil y Costa Rica en los últimos años. Estos principios interpretativos pueden invocarse en relación con el litigio de cambio climático y otros desafíos ambientales nuevos que atraviesan las fronteras y afectan a las generaciones futuras.

Como los tribunales cada vez miran al derecho internacional y la práctica de otras jurisdicciones nacionales como ejemplo, podremos seguir observando el flujo de ideas legales a través de fronteras, al igual que las órdenes judiciales en las Filipinas que se inspiran directamente en la práctica de la Suprema Corte de Justicia de la India. Los “autos de naturaleza” de las Filipinas pueden encontrar similitud en la región ALC, donde los tribunales se enfrentan a retos similares al intentar mantener el ritmo con la gran cantidad de reclamaciones ambientales.

Los tribunales de los países de Latinoamérica y el Caribe están en una posición única para participar en los diálogos entre los poderes judiciales nacionales y avanzar en el proceso de aprendizaje y el intercambio de ideas de los países. Muchas cortes nacionales de la región ALC ya han dado pasos importantes y creativos para enfrentar las cuestiones ambientales y podrían ofrecer una orientación valiosa, inspiración y motivación a las jurisdicciones de los tribunales que se enfrentan a retos similares. La institucionalización de una plataforma regional permanente para apoyar un intercambio de experiencias e información, por ejemplo, sobre las últimas decisiones judiciales, medidas legislativas y mecanismos institucionales, en todos los lenguajes regionales, puede ayudar a que las ideas jurídicas fluyan a través de las fronteras nacionales y fomentar un mayor acceso a la justicia en la región.

En la medida en que este intercambio de ideas continúe, un fundamento común de normas y principios que puedan surgir a través de las diferentes tradiciones jurídicas, cual podría, con el tiempo, ayudar a definir el contenido de los derechos de acceso procesales a la justicia y contribuir al surgimiento de los principios generales del derecho internacional, afectando la práctica de los tribunales internacionales y nacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Aarhus Compliance Committee (2006). Findings and Recommendation with Regard to Compliance by Belgium (Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen VZW), Comm. No. ACCC/C/2005/11 (16 June 2006).
2. Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights (“Protocol of San Salvador”) (1989).
3. Afr. Comm’n H. & Peoples’ R. (2001). SERAC et al. v. Nigeria, Comm. No. 155/96 (“the Ogoni-land case”).
4. Afr. Comm’n H. & Peoples’ R. (2010). *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et al. v. Kenya*, No. 276/2003 (4 Feb. 2010).
5. *Alberto Pasqualini Refap S/A v. State Prosecutor of Rio Grande Do Sul*, Special Appeal No. 883.656 – RS (2006/0145139-9), Sup. Ct. of J. (9 Mar. 2010) (Braz.).
6. Banda, Maria (2010). Comment, *Summers v. Earth Island Institute*, 34 Harv. Envtl. L. Rev. 321.
7. Boyle, Alan (2007). *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, 18 Fordham Envtl. Law Rev. 471.
8. *Brasilit Indústria e Comércio Ltda et al. v. State Prosecutor of Rio de Janeiro*, Special Appeal No. 1.367.923 - RJ (2011/0086453-6), Sup. Ct. of J. (27 Aug. 2013) (Braz.), available at [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130906-05.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130906-05.pdf).
9. Caillaux, Jorge et al. (2002). *Environmental Public Participation in the Americas*, in C. BRUCH (ED.), THE NEW “PUBLIC”: THE GLOBALIZATION OF PUBLIC PARTICIPATION (ELI).
10. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 June 1998, 2161 U.N.T.S. 447 (“Aarhus Convention”).
11. Davide, Hilario G. (2012). *The Environment as Life Sources and the Writ of Kalikasan in the Philippines*, 29 Pace Envtl. L. Rev. 592.
12. Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean (June 2012).
13. Desai, Bharat H. & Balraj Sidhu (2010). *On the Quest for Green Courts in India*, 3 J. Ct. Innovation 79.
14. Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) (2013). “Access to Information, Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean: Situation, Outlook and Examples of Good Practice,” LC/L.3549/Rev.1 (12 Apr. 2013).
15. ECOWAS Ct. of Justice (2012). *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, Judgment N° ECW/CCJ/JUD/18/12 (24 Dec. 2012).
16. Eur. Ct. H.R. (2003). *Kyrtatos v. Greece*, App. No. 41666/98 (22 May 2003).
17. Eur. Ct. H.R. (2004). *Öneryıldız v. Turkey*, App. No. 48939/99.
18. Eur. Ct. H.R. (2010). *Dées v. Hungary*, App. No. 2345/06 (9 Nov. 2010).
19. Fabra, Adriana & Eva Arnal (2002). *Review of jurisprudence on human rights and the environment in Latin America*, Background Paper No. 6, Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment, 14-16 Jan. 2002.
20. I.C.J. (2010). *Pulp Mills on the River Uruguay* (Arg. v. Uru.), Judgment ¶ 204, 2010 I.C.J. Rep. (Apr. 20).
21. Imamulhadi (2013). *Development of Precautionary Principle and Strict Liability in Environmental Disputes in the Courts*, 25 Mimbar Hukum 417 (2013) (Indonesian: “Perkembangan Prinsip Strict Liability Dan Precautionary Dalam Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup Di Pengadilan”).
22. Inter-Am. Ct. H. R. (2006). *Claude-Reyes v. Chile*, (ser. C) No. 151 (19 Sept. 2006).
23. Inter-Am. Ct. H.R. (2007). *Saramaka People v. Suriname*, (ser. C) No. 172.
24. Inter-Am. Ct. H.R. (2012). *Kuna of Madungandí et al. v. Panama* (Merits), No. 125.
25. Johannesburg Principles on the Role of Law and Sustainable Development (2002). UNEP Global Judges Symposium, Johannesburg, South Africa, 20 Aug. 2002, available at <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?ArticleID=3115&DocumentID=259>.
26. Kirpal, B.N. (2002). “Environmental Justice In India,” M.C. Bhandari Memorial Lecture, (2002) 7 SCC (Jour) 1, available at <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/2002v7a1.htm>.
27. Kotzé, Louis J. & Anel du Plessis (2010). Some Brief Observations on 15 Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa, 3 J. Ct. Innovation 157.
28. Kravchenko, Svitlana (2012). *Environmental Rights in International Law: Explicitly Recognized or Creatively Interpreted?*, 7 Fla. A & M U. L. Rev.
29. May, James R. & Erin Daly (2010). *Vindicating Constitutionally Entrenched Environmental Rights Around the Globe*, 11 Or. Rev. Int’l L. 365.
30. May, James R. (2003). *Now More Than Ever: Trends in Environmental Citizen Suits at 30, Environmental Citizen Suits at Thirtysomething*, 10 Widener L. Rev. 1.
31. *Ministério Público do Estado de Minas Gerais v. Pereira*, Special Appeal No. 1.198.727 – MG (2010/0111349-9), Sup. Ct. of J. (14 Aug. 2012) (Braz.), available at [http://abrampa.org.br/doc/processo\\_indenizacao.pdf](http://abrampa.org.br/doc/processo_indenizacao.pdf).

32. Nollkaemper, André (2012). *International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure*, 23 Eur. J. of Int'l Law 769.
33. Organization of American States (2000). "Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision-Making for Sustainable Development," CIDI/RES. 98 (V-O/00), OEA/Ser.W/II.5,CIDI/doc.25/00 (20 Apr. 2000).
34. Pillay, Navi (2012). Statement of High Commissioner for Human Rights Navi Pillay at the UNEP World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability, Rio de Janeiro, 20 June 2012, available at <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12263&LangID=e>.
35. Pring, G. & C. Pring (2009). *Specialized Environmental Courts and Tribunals at the Confluence of Human Rights and the Environment*, 11 Or. Rev. Int'l L. 301.
36. Provincial Ct. Just. of Loja (2011). *Wheeler y Huddle v. Director de la Procuraduria General del Estado en Loja* (30 Mar. 2011), Judgment No. 11121-2011-10, Case No. 826, (Ecuador), available at [http://earthlawcenter.org/static/uploads/documents/Vilcambamba\\_River\\_Decision\\_3\\_31\\_11.pdf](http://earthlawcenter.org/static/uploads/documents/Vilcambamba_River_Decision_3_31_11.pdf).
37. Rio Declaration on Environment and Development (1992). United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3-14 June 1992, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Annex I (12 Aug. 1992).
38. Rio+20 Declaration on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability (2012). World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability, Rio de Janeiro, Brazil, 20 June 2012, available at [http://www.unep.org/rio20/Portals/24180/Rio20\\_Declaration\\_on\\_Justice\\_Gov\\_n\\_Law\\_4\\_Env\\_Sustainability.pdf](http://www.unep.org/rio20/Portals/24180/Rio20_Declaration_on_Justice_Gov_n_Law_4_Env_Sustainability.pdf)
39. Rio+20 Outcome Document (2012). "The Future We Want," UN Doc. A/CONF.216/L1, ¶ 43 (reissued for technical reasons on 22 July 2012).
40. Robinson, Nicholas A. (2012). *Ensuring Access to Justice Through Environmental Courts*, 29 Pace Env'tl. L. Rev. 363.
41. Santiago Decision on the Declaration on the Application of Principle 10 in Latin America and the Caribbean (4-6 Nov. 2014).
42. Shelton, Dinah (2005). *Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?*, 35 Denv. J. of Int'l L. and Pol'y 129.
43. Stone, Christopher D. (1972). *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*. 45 S. Cal. L. Rev. 450.
44. Supr. Ct. Chile (1997). Decision No. 2.732-96 (the "Trillum Case"), Supr. Ct., 19 Mar. 1997, ¶ 13 (Chile), available at <http://www.elaw.org/node/1310>.
45. Supr. Ct. Ind. (1996). *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India*, 5 S.C.R. 251 (28 Aug. 1996) (India).
46. Supr. Ct. Phil. (1993). *Oposa et al. v. Factoran*, G.R. No. 101083, 224 SCRA 792, 30 July 1993 (Phil.).
47. Supr. Ct. Phil. (2006). *Henares et al. v. Land Transportation Franchising and Regulatory Board*, G.R. No. 158290, 505 SCRA 104 (23 Oct. 2006) (Phil.).
48. Supr. Ct. Phil. (2008). *Concerned Residents of Manila Bay v. MMDA*, G. R. Nos. 171947-98, 18 Dec. 2008 (Phil.).
49. Supr. Ct. Phil. (2008). Administrative Order No. 23-2008 re : Designation of Special Courts to Hear, Try and Decide Environmental Cases (28 Jan. 2008) (Phil.).
50. Supr. Ct. Phil. (2010). Annotation to the Rules of Procedure for Environmental Cases (Phil.), available at [http://philja.judiciary.gov.ph/images/A.m.%20No.%2009-6-8-SC\\_annotation.pdf](http://philja.judiciary.gov.ph/images/A.m.%20No.%2009-6-8-SC_annotation.pdf).
51. Supr. Ct. Phil. (2010). Rules of Procedure for Environmental Cases, A.M. No. 09-6-8-SC (Phil.), available at [http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am\\_09-6-8-sc\\_2010.html](http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am_09-6-8-sc_2010.html).
52. Taylor, Prudence (1998). *From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law*, 10 Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. 309.
53. Toth, Bende (2010). *Public Participation And Democracy In Practice—Aarhus Convention Principles As Democratic Institution Building In The Developing World*, 30 J. Land Resources & Env'tl. L. 295.
54. UNEP (2002). *Top Judges Meet in Johannesburg to Boost Propsects for Enforcing Environment-Related Laws*, UNEP Press Release (18 Aug. 2002), available at <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=259&ArticleID=3110>.
55. UNEP (2010). Guidelines for the Development of National Legislation on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters.
56. Velasco, Presbitero J. (2010). *Manila Bay: A Daunting Challenge in Environmental Rehabilitation and Protection*, 11 Or. Rev. Int'l L. 440.







# Congreso Interamericano sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental



Organización de los Estados Americanos | Más derechos para más gente



World Commission on Environmental Law  
Commission Mondiale de Droit de l'Environnement | Comisión Mundial de Derecho Ambiental

