

ANTOLOGÍA JUDICIAL AMBIENTAL 2017-2020

(Diciembre, 2020)

Alejandra Rabasa Salinas
Claudia S. de Windt
Coordinadoras

000



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
Q400
A576a 2021

Antología judicial ambiental 2017-2020 : (Diciembre, 2020) / coordinadoras Alejandra Rabasa Salinas, Claudia S. de Windt ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; en colaboración con el Instituto Judicial Mundial del Ambiente y el Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad ; prólogo Ministro Arturo Zaldívar ; prefacio Ministro Michel Wilson, Ministra Michelle Weekes ; autores y colaboradores Jorge Aranda Ortega [y otros diecisiete]. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. 1 recurso en línea (xlix, 301 páginas ; 23 cm.). -- (Derecho y medio ambiente)

ISBN 978-607-552-180-0

Material disponible en PDF.

1. Medio ambiente – Protección de los Derechos humanos – Sentencias – Compilación – Derecho comparado 2. Derecho a un medio ambiente adecuado – Derecho a tutela jurídica efectiva – Estudio de casos 3. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Criterio jurisprudencial – Análisis 5. Jueces – Principio pro persona – Legislación – Instrumentos internacionales 6. Impacto ambiental – Agua 7. Contaminación – Salud 8. Biodiversidad – Agricultura 9. Cambios climáticos – Justicia I. Rabasa Salinas, Alejandra, coordinador II. Windt, Claudia S., coordinador III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Wilson, Michel, autor de prefacio V. Weekes, Michelle, autor de prefacio VI. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VII. Instituto Judicial Mundial del Ambiente VIII Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad. IX. ser.
LC K3585

Primera edición: marzo de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La ilustración de la portadilla estuvo a cargo de Lucía Noelle Sonza.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derecho y Medio Ambiente

ANTOLOGÍA JUDICIAL AMBIENTAL 2017-2020

(Diciembre, 2020)



Alejandra Rabasa Salinas
Claudia S. de Windt
Coordinadoras



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN



Global Judicial Institute
on the Environment
Institut Judiciaire Mondial
de l'Environnement
Instituto Judicial Mundial
del Ambiente



IIJS
Instituto Interamericano de
Justicia y Sostenibilidad
Un Puente entre la Justicia,
sostenibilidad y prosperidad

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General



Foto: cortesía STJ Brasil. 1a Reunión del Comité Provisional de gestión del Instituto Judicial Mundial del Medio Ambiente, Brasilia, marzo de 2018.
Instituto Judicial Mundial del Medio Ambiente

El Comité provisional de gestión del GJIE está compuesto por 12 miembros elegidos entre todos los fundadores del Instituto:

Ministro Antonio Herman Benjamin

Tribunal Superior de Justicia de Brasil,
Presidente de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (WCEL)
de la Unión Internacional para la conservación de la Naturaleza (UICN) (Brasil)

Lord Robert Carnwath

Corte Suprema del Reino Unido
y Consejo Internacional de Asesoría ONU Medio Ambiente (Reino Unido)

Ministro Swatanter Kumar

Presidente del Tribunal Ambiental Nacional (India)

Ministro Luc Lavrysen

Presidente de la Corte Constitucional de Bélgica
y Presidente del Foro Europeo de Jueces por el Medio Ambiente (Bélgica)

Ministro Ricardo Lorenzetti

Suprema Corte de Justicia de Argentina (Argentina)

Ministro Syed Mansoor Ali Shah

Suprema Corte de Pakistán (Pakistán)

Ministra Ragnhild Noer

Suprema Corte de Justicia de Noruega
y miembro de la directiva de la Comisión Mundial
de Derecho Ambiental de la UICN (Noruega)

Ministro Brian Preston

Juez Presidente de la Corte de Tierras y Medio Ambiente
de Nuevo Gales del Sur (Australia)

Ministro Gusti Agung Sumanatha

Corte Suprema de Indonesia (Indonesia)

Ministro Dr. Emmanuel Ugirashebuja

Presidente de la Corte de África Oriental (Rwanda)

Ministra Michelle Weekes

Tribunal Superior de Justicia de Barbados (Barbados)

Ministro Michael Wilson

Suprema Corte de Justicia de Hawái (Estados Unidos)



Foto: Socias principales y fundadoras
Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad

La gobernanza del Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad está a cargo de sus socias principales y fundadoras con la colaboración de la junta directiva y la gestión operativa delegada a una directora ejecutiva designada por la directiva.

La junta directiva está integrada por:

Claudia S. de Windt
Directora Ejecutiva

Sheila Abed
Socia Principal

María Amparo Alban
Socia Principal

Gustavo Alanís Ortega
Miembro Individual

Juan Carlos Fernández
Miembro Individual

Francisco Naranjo
Miembro Individual

Scott Fulton
Presidente de ELI, Miembro Institucional y *ex officio*

Ministro Ricardo Lorenzetti
Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina,
Junta Interina de Gobierno del Instituto Judicial del Medio Ambiente Mundial.
Miembro Institucional y *ex officio*

Ministra Michelle Weekes
Junta Interina de Gobierno del Instituto Judicial del Medio Ambiente Mundial.
Miembro Institucional y *ex officio*

Nathan Stubina
Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo (CIM).
Miembro Institucional y *ex officio*

Contenido

Prólogo	XIII
Ministro Arturo Zaldívar	
Prefacio.....	XXI
Ministro Michael Wilson	
Ministra Michelle Weekes	
Reconocimientos y lista de autores y colaboradores	XXVII
Resumen ejecutivo	XLI
I. Una mirada con lupa a la jurisprudencia de Brasil.....	1
1.1. Sentencia emblemática y de tendencia	
en el derecho comparado	5
1.1.1 Caso IBAMA c. Municipio de Pitimbu y otros Recurso	
especial No. 1.782.692 – pb (2018/0268767-7)	5
1.2 Análisis de opinión sobre el desarrollo de la jurisprudencia	
brasileña para la protección del medio ambiente	11

1.2.1	Nosotros, los jueces y el medio ambiente	11
	Antonio Herman Benjamin	
1.2.2	Precedentes ambientales recientes del Tribunal Superior de Justicia de Brasil: una jurisprudencia de principios.....	23
	Jorge Aranda Ortega	
 II. Desarrollo jurisprudencial de la evaluación en materia de impacto ambiental y los principios <i>in dubio pro natura</i> e <i>in dubio pro aqua</i> en el derecho comparado		
		95
2.1	Sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado	97
2.1.1	Caso Majul Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental.....	99
2.1.2	Caso Champion v North Norfolk District Council and another	107
2.2	Análisis de opinión por ministros instructores en los casos Majul y Champion.....	115
2.2.1	¿Qué es el agua para el derecho? A propósito del caso Majul, las cuencas hídricas y humedales.....	115
	Ricardo Lorenzetti	
2.2.2	Defensa del realismo en el litigio ambiental.....	119
	Robert Carnwath	
2.3	Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias	123
2.3.1	Comentario a las sentencias Majul y Champion	123
	Michael Hantke Domas	
2.3.2	Principio <i>in dubio pro natura</i>	127
	Silvia Capelli	
2.4	Análisis comparado y conclusión.....	151
	Claudia S. de Windt	
 III. Desarrollos jurisprudenciales en relación con las actividades económicas y el impacto de la contaminación en la salud y el medio ambiente.....		
		157
3.1	Sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado	159

3.1.1	Caso Quintero Puchuncaví. Febrero 2019. Folios Nos. 27.007-2019 y 27.054-2019. Corte Suprema de Chile. Rol 5888-2019, Caratulado: Francisco Chahuan Chahuan contra Empresa Nacional de Petróleos, Enap S. A. Caso Quintero Puchuncaví	161
3.1.2	Gloucester Resources Limited v Minister for Planning [2019] NSWLEC 7	173
3.2	Análisis de opinión por ministros integrantes del GJIE	181
3.2.1	Labor de los jueces, del derecho y la sociedad nacional e internacional en la justicia ambiental..... Sergio Muñoz Gajardo	181
3.2.2	Problemas ambientales y especialización judicial Brian J. Preston	187
3.3	Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias	193
3.3.1	Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2019, Rol No. 5888-2019. Corte Suprema de Chile. Caso Quintero Puchuncaví	193
	Valentina Durán Medina	
3.4	Análisis comparado y conclusión..... Claudia S. de Windt	197

IV.	Desarrollos jurisprudenciales sobre agricultura, seguridad alimentaria, biodiversidad y derechos humanos relacionados con la gestión y eliminación ecológicamente racional de las sustancias y los desechos peligrosos en el derecho comparado	199
4.1	Sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado	201
4.1.1	Caso Flórez-Estrada V. Ministerio de Agricultura y Ganadería, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 24513-2019: 6 de diciembre de 2019	203
4.1.2	Caso BASF Agro BV, y las demás partes demandantes contra Comisión Europea	213

4.2	Análisis de opinión por jueces integrantes de la corte responsable de las sentencias	223
4.2.1	Incorporación del Acuerdo de Escazú al ordenamiento jurídico costarricense..... Damaris Vargas Vásquez	223
4.3	Ensayos de opinión invitados sobre las sentencias	235
4.3.1	Consolidación del Principio Precautorio frente a los Riesgos de los Plaguicidas	235
	Marcos Orellana	
4.4	Análisis comparado y conclusión	239
	Claudia S. de Windt	
V.	Ensayos y opiniones sobre temas emergentes en la justicia ambiental y climática.....	241
5.1	Los principios en la labor judicial por el Estado de Derecho Ambiental	243
	Claudia S. de Windt	
5.2	Aplicando el principio <i>in dubio pro natura</i> para la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental	247
	Nicholas Bryner	
5.3	Enfoques sobre el papel de la justicia en asuntos emergentes: la crisis climática.....	265
	Christina Voigt	
5.4	El Acuerdo de París y el litigio climático global después de la retirada de Estados Unidos.....	271
	David Hunter, Wenhui Ji y Jenna Ruddock	
5.5	Los jueces y el cambio climático	289
	Luis Armando Tolosa Villabona	
VI.	Conclusiones	293

Prólogo

En el contexto de una crisis ambiental y climática sin precedentes en la historia de la humanidad y frente a las insistentes alertas de la comunidad científica internacional sobre el riesgo de una extinción masiva de especies de flora y fauna silvestres, el acceso a la justicia para resolver los conflictos relacionados con el uso de la diversidad biológica y la calidad del medio ambiente es una de las demandas más apremiantes de nuestro tiempo.

Hoy, más que nunca, las juezas y los jueces tienen un papel esencial en la consolidación del Estado de Derecho en materia ambiental, la tutela de los derechos humanos y la justicia climática.¹ La interpretación judicial de la legislación ambiental y de los principios rectores que la sostienen, así como su difusión entre los operadores jurídicos y los usuarios

¹ Carta de creación del Instituto Judicial Mundial del Ambiente (GJIE, por sus siglas en inglés). Disponible en red: «https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/charter-of-the-global-judicial-institute-rio-de-janeiro-29-april-2016-_0.pdf».

de los sistemas de justicia, son objetivos fundamentales para la plena realización de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente.

La Antología Judicial Ambiental que aquí se presenta, a través del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en colaboración con el Instituto Judicial Mundial del Ambiente y el Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad, es un ejemplo contundente de la contribución que realizan jueces, juezas y operadores jurídicos alrededor del mundo para responder de manera decidida a este desafío global.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación está comprometida con el desarrollo y la defensa del derecho humano a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y el bienestar de todas las personas. En ese sentido, la jurisprudencia mexicana ha incorporado la tutela del derecho a un medio ambiente sano en diferentes dimensiones, que incluyen tanto la protección más amplia de las personas como la conservación del medio natural en sí mismo, en atención a su valor intrínseco.

Como parte de esta doctrina la Corte ha determinado, por ejemplo, que el derecho a un medio ambiente sano no sólo comprende el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia ambiental, sino que también se proyecta sobre los particulares, imponiendo modalidades a la propiedad para garantizar la conservación de los recursos naturales en beneficio de la sociedad.

La jurisprudencia de la Suprema Corte también aborda el derecho a la tutela judicial efectiva en asuntos ambientales. Varios precedentes recientes de la Corte han interpretado de manera detallada los derechos de acceso a la información, a la participación pública y a la justicia en asuntos ambientales consagrados en el Principio 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, así como el Acuerdo de Escazú.

Como un precedente de especial importancia para la definición de la legitimación procesal activa en el acceso a la justicia ambiental, la Suprema Corte ha establecido que el derecho humano a un medio ambiente sano debe protegerse tanto en su dimensión individual, como en la colectiva. Esto requiere que los jueces adopten una mirada amplia en relación con el interés legítimo de personas, organizaciones y comunidades que acuden al juicio de amparo para solicitar la tutela de derechos ambientales.

Los criterios de la Corte también orientan a los jueces a implementar el principio *in dubio pro actione* y a aplicar el principio precautorio para valorar el nivel de riesgo o el daño potencial a los ecosistemas. En esa lógica, la Primera Sala de la Suprema Corte ha reconocido el interés legítimo de las personas o comunidades que se benefician de los servicios ambientales locales, regionales o globales de un ecosistema para acudir al juicio de amparo y solicitar que se tomen medidas adecuadas para evitar su deterioro y reparar los daños ambientales ocasionados.

En cuanto a los derechos de acceso a la información y de participación pública en los procesos de decisiones que puedan impactar al medio ambiente, la Suprema Corte ha establecido que su ejercicio efectivo es una condición necesaria para la garantía del derecho a un medio ambiente sano. Así, al resolver varios casos relacionados con el reclamo de una comunidad afectada por un derrame minero en un río en el norte de México, la Corte determinó que las personas tienen el derecho a obtener la información necesaria para conocer los riesgos de daños e impactos ambientales, así como a participar en los procesos de adopción de decisiones desde las primeras etapas, a fin de estar en condiciones de ejercer una influencia real.

Otra de las áreas en las cuales ha habido una evolución notable en las sentencias de la Suprema Corte es la interpretación judicial de principios rectores del derecho ambiental como el de precaución, consagrado en la Declaración de Río, así como los principios *in dubio pro natura* y de

no regresión, emergentes en el derecho internacional ambiental. Para la Corte, los principios referidos deben ser aplicados en las decisiones judiciales sobre cuestiones ambientales de manera transversal: desde las decisiones sobre la legitimación procesal activa, hasta la definición de las medidas para reparar afectaciones a los ecosistemas y servicios ambientales.

En línea con las tendencias más garantistas de la jurisprudencia ambiental en el derecho comparado, y como ha ocurrido en decisiones de jurisdicciones como Brasil y Argentina, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre el rol de los jueces en la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano, promoviendo que se deje atrás el papel del juez como mero espectador.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte ha entendido que los jueces deben adoptar un papel más activo en la defensa del medio ambiente y compensar los obstáculos que enfrentan con mucha frecuencia quienes buscan proteger los recursos ecológicos, a través de herramientas como los principios precautorio e *in dubio pro natura*, la inversión de la carga de la prueba o la búsqueda oficiosa de información. Lo anterior, con la finalidad de comprender mejor los riesgos al medio ambiente y la diversidad biológica que podrían evitarse mediante una intervención judicial oportuna.

La jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana es de gran importancia para la justicia ambiental, pero aún falta mucho por hacer desde todos los frentes, incluyendo por supuesto el análisis y la difusión de la doctrina constitucional en la materia. En este contexto, para mí es un placer presentar la *Antología judicial ambiental* del Centro de Estudios Constitucionales.

El libro que tiene en sus manos es una obra precursora en el campo de la justicia ambiental, que detonará un diálogo indispensable entre las juezas y jueces de diferentes regiones del mundo interesados en contribuir a la tutela de los derechos que dependen del medio ambiente, la

conservación de la biodiversidad y la mitigación del cambio climático. La *Antología* también permitirá difundir ampliamente los importantes avances en el derecho internacional y comparado sobre el tema.

Como puede apreciarse en los textos que integran esta publicación, para corregir el rumbo y transformar nuestra relación con la naturaleza es imprescindible un esfuerzo conjunto entre operadores jurídicos, academia, sociedad civil organizada y ciudadanía. Sólo así, unidos, podremos enfrentar uno de los desafíos más prominentes de nuestra era.

Agradezco a los autores de esta publicación su trabajo y colaboración, así como a los integrantes del Instituto Judicial Mundial del Ambiente y del Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad, quienes han contribuido de manera muy significativa a los logros alcanzados en materia de justicia ambiental internacional y comparada.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Prefacio

Esta primera edición de la "Antología judicial ambiental" publicada conjuntamente por el CECSCJN, el GJIE y el IIJS es una muestra representativa del activismo de la constitución y la legislación en la actuación de los jueces para la protección ambiental.

El trabajo de los jueces de la región y del mundo en la defensa del medio ambiente pone en evidencia el uso y el valor del sistema de fuentes del derecho internacional, en particular del conocido derecho suave, no vinculante o costumbrista. La función del juez en la interpretación de este marco legal internacional, aunado al nacional, apoya el mandato constitucional y legal de facilitar el acceso a la justicia para proteger el patrimonio natural y la biodiversidad, tanto para nuestro bienestar como el del planeta.

Ante la crisis ambiental, la complejidad y la rápida evolución de los desafíos del Antropoceno, apoyar desde la justicia este mandato requiere de una actuación que va más allá de la de ser un simple espectador. El juez

debe armarse de la ley y las fuentes del derecho para aplicar un enfoque de solución de problemas, con una mirada además de preventiva de justicia social. Si bien el juez debe ser independiente, no debe sentirse solo en la toma de decisiones.

El contenido de esta Antología y las sentencias seleccionadas muestran que existen avances en esta dirección, que hay recursos disponibles, soluciones y que hay esperanza. Esto otorga mayor relevancia a nuestra colaboración con el CECSCJN y el IIJS, por lo que a nombre del GJIE y como miembros del Comité Provisional de Gestión agradecemos a su Directora General, Ana María Ibarra Olguín y al Ministro Arturo Zaldívar, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como al IIJS y su Directora Ejecutiva, Claudia S. de Windt.

Conforme a su misión y su carta aprobada en Río de Janeiro en 2016, entre otros objetivos, el GJIE fue establecido para proporcionar investigación, análisis y publicaciones sobre justicia ambiental y fortalecer las capacidades creando alianzas con instituciones dedicadas a la educación judicial, tanto internacionales, regionales, nacionales como subnacionales, para la colaboración, intercambiar buenas prácticas e información de la judicatura sobre cuestiones de derecho ambiental.

En este orden de ideas, destaco que estas herramientas deben ser la compañía imparcial del juez a la hora de impartir justicia en la conflictividad ambiental. La labor del GJIE, creado por jueces y para jueces se enriquece con este esfuerzo conjunto de contar con una Antología Judicial Ambiental con análisis académico y judicial además de un aprendizaje colectivo que favorece y facilita el intercambio de jueces de distintas regiones con problemas similares en la adjudicación ambiental.

Esta antología es una primera aproximación de los esfuerzos del GJIE para crear las condiciones y atender solidariamente, los nuevos retos que impone la dinámica de la evolución normativa ambiental, especialmente, a

partir de la entrada en vigor de las reformas constitucionales de Amparo y Derechos Humanos en las Américas.

Ministro Michael Wilson

Juez Asociado, Suprema Corte de Justicia del Estado de Hawaii

Ministra Michelle Weekes

*Jueza, Tribunal Superior de Barbados
e integrante de la Directiva del IIJS*

Integrantes del Comité Provisional de Gestión del GJIE

Reconocimientos y lista de autores y colaboradores

Las instituciones participantes expresan su agradecimiento a Alejandra Rabasa, del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la coordinación de este esfuerzo; a Claudia S. de Windt, por la dirección general, compilación y sistematización de tesis de esta antología, y a Raúl Gustavo Medina Amaya, por sus significativos aportes.

Asimismo, agradecen a los autores que colaboraron con su esfuerzo y apoyo a esta publicación y a compartir conocimiento acerca del acceso a la justicia en cuestiones ambientales y la garantía del derecho a un medio ambiente sano.

Jorge Aranda Ortega

Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile de 2010 a la fecha. Colaborador del Grupo de Estudios en Derecho, Recursos Naturales y Sustentabilidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia desde 2016, así como del Centro Brasileño de Estudios Consti-

tucionales del Centro Universitario de Brasilia desde 2017. Miembro del Comité Editorial de la *Revista del Núcleo de Derecho Sectorial y Regulatorio* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Cuenta con un magíster en Derecho Público por la misma universidad. Fue abogado en el Estudio Jurídico García Magliona. Colegio de Abogados de Chile. Sitio web: «<http://uchilefau.academia.edu/JorgeArandaOrtega>».

Antonio Herman Benjamin

Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Presidente de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y embajador de buena voluntad para la justicia ambiental de la Organización de los Estados Americanos. Es también integrante del Comité Provisional de Gestión del Instituto Judicial Mundial del Ambiente. Designado director de la Escuela Judicial de Brasil. Trabajó como procurador general adjunto de São Paulo durante 20 años y como jefe de la división de Protección Ambiental por varios años. Fue presidente y fundador del Instituto Brasileño de Derecho y Políticas para los Consumidores y del Instituto de Derecho para un Planeta Verde. Es miembro del Grupo Experto sobre Crímenes contra el Medio Ambiente del Secretariado General de las Naciones Unidas. Sitio web: «<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>».

Nicholas Bryner

Profesor de Derecho en el Centro Paul M. Hebert Law de la Universidad Estatal de Luisiana, Estados Unidos de América; se especializa en derecho ambiental, recursos naturales y derecho administrativo. Recibió el título de doctor en derecho y de máster en derecho energético y medio ambiente de la Universidad George Washington University Law School. Anteriormente sirvió como Emmett/Frankel Fellow en Derecho y Política Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Los Ángeles. Sus áreas de especialidad e investigación incluyen derecho

ambiental en Estados Unidos y Brasil; tierras de utilidad pública y recursos naturales; cambio climático; reglamentación de la energía y electricidad, y la teoría y principios de derecho ambiental. Es miembro de la junta directiva de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Sitio web: «<https://www.law.lsu.edu/directory/profiles/nicholas-bryner/>».

Néstor Cafferatta

Abogado argentino especializado en Derecho del Medio Ambiente. Subdirector de la Carrera de Especialización de Derecho Ambiental, docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños y Derecho Ambiental de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como secretario letrado y director de la Oficina de Justicia Ambiental de la Corte Suprema de la Nación Argentina. Sitio web: «<https://www.csjn.gov.ar/>».

Silvia Capelli

Fiscal superior en Brasil con actuación en el área ambiental desde hace más de 25 años. Procuradora de Justicia en la Cuarta Sala Penal del Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur. Coordinadora de la Red Latinoamericana de Ministerio Público Ambiental. Presidenta del Comité Brasileño de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Directora de Asuntos Internacionales del Instituto del Derecho por un Planeta Verde-Brasil. Fue presidenta de la Asociación Brasileña de Fiscales Ambientales; coordinadora de la *Revista de Derecho Ambiental* de la Editorial y *Revista dos Tribunais*; coordinadora académica del Curso de Posgrado en Derecho Ambiental de la Universidad Federal de Río Grande del Sur; miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN; profesora de Derecho Ambiental en el posgrado en Derecho Ambiental de la Universidad Federal del Río Grande del Sur, de la que también es egresada. Especialista en Ecología Humana en Unisinos/RS y doctorada en la Universidad de Buenos Aires. Sitios web: «<https://www.tjrs.jus.br/novo/>»; «<http://www.planetaverde.org/home>».

Robert Carnwath

Pasó a ser juez de la Corte Suprema en abril de 2012, en la que sirvió hasta marzo de 2020. Después de estudiar Derecho en el Trinity College, Cambridge, Lord Carnwath, fue llamado al Bar (Templo Medio), en 1968, y en 1985 pasó a ser abogado de la Corona. Se desempeñó como fiscal general del Príncipe de Gales de 1988 a 1994. Fue juez de la División de Equidad (Chancery Division) de 1994 a 2002, periodo durante el cual (1999 a 2002) también fue presidente de la Comisión de Derecho. Fue nombrado miembro del Tribunal de Apelación en 2002. Entre 2007 y 2012 fue presidente superior de Tribunales y dirigió la planificación y aplicación de las reformas del sistema de tribunales tras el informe Leggatt. Es miembro fundador del Instituto Judicial Mundial del Medio Ambiente. Sitio web: «<https://www.supremecourt.uk/about/former-justices.html>».

Claudia S. de Windt

Abogada internacional y experta en Ciencias Políticas de la República Dominicana. Directora ejecutiva del Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad. Catedrática adjunta de la Facultad de Derecho en Washington College of Law, American University. Académica invitada del Environmental Law Institute. Trayectoria de casi dos décadas en la Organización de los Estados Americanos (Departamento de Desarrollo Sostenible y Secretaría de Seguridad Multidimensional), dirigió múltiples iniciativas y procesos políticos en el ámbito de la sostenibilidad y el enfoque de derechos en el sistema interamericano, hizo aportes significativos a la legislación, aplicación y cumplimiento y a la jurisprudencia latinoamericana en la materia. Es graduada de la Universidad Iberoamericana, tiene una maestría en Estudios Jurídicos Internacionales de la Escuela de Derecho de la American University y un Certificado en Negociaciones de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Antes de su carrera internacional, se dedicó a la práctica del derecho corporativo, en la

firma Headrick Rizik Álvarez & Fernández. Es intérprete judicial de la Corte de Primera Instancia de Santo Domingo, miembro del grupo de expertos en derecho ambiental del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica, miembro del grupo de expertos de la ONU Medio Ambiente sobre crímenes que tienen serios impactos en el medio ambiente y de la junta directiva de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Conferencista principal en foros nacionales e internacionales, dirigidos a jefes de Estado, ministros, parlamentarios, jueces, entre otras altas autoridades. Sitio web: «www.ii-js.org».

Valentina Durán Medina

Profesora asociada en el Centro de Derecho Ambiental y Departamentos de Enseñanza Clínica del Derecho y Derecho Económico, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Jurista internacional en derecho ambiental y de cambio climático. Directora del Centro de Derecho Ambiental (CDA) y profesora del Departamento de Derecho Económico y de la Clínica de Derecho Ambiental y Resolución de Conflictos en el mismo departamento clínico de la facultad. Consejera principal para la Paz, la Justicia y la Gobernanza en el Centro de Derecho Internacional de Desarrollo Sostenible. Completó sus estudios de pregrado en la Universidad de Chile obteniendo una licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en 1994 y es abogada con licencia en Chile. Más tarde obtuvo un diplomado de estudios en la Universidad de París I Panteón-Sorbonne. Comenzó su carrera académica como profesora en la Universidad de Chile en 2000. En 2017 fue nombrada directora del CDA. Fue gerente legal de una consultora Gestión de la calidad ambiental. Es miembro del consejo de administración de Comunidad Mujer. Fue directora de la Asociación de Abogadas de Chile y miembro de la junta directiva del think tank Espacio Público. También fue miembro de la Comisión de Litio del Ministerio de Minería en 2014. Sitio web: «<https://www.uchile.cl/portafolio-academico/impresion.jsf?username=vduran>».

Michael Hantke Domas

Abogado especialista en derecho de aguas, recursos naturales y medio ambiente. Su experiencia es el resultado de más de 25 años como juez, académico, abogado, servidor público, funcionario internacional y consultor. Doctor por la Universidad de East Anglia (Norwich, Reino Unido). Se desempeña como abogado, árbitro, consultor internacional y profesor de Derecho en diversas universidades chilenas. Es autor de varios artículos académicos y capítulos de libros. Sitio web: «<https://www.linkedin.com/in/mhantke/>».

David Hunter

Profesor y ex director del Programa de Derecho Ambiental y Energético en la Escuela de Derecho Washington College of Law de la American University. Fue director y fundador del Centro Internacional de Derecho Ambiental y director ejecutivo de WaterWatch en Oregón. Ha sido consultor sobre estándares de desarrollo social y ambiental en distintas organizaciones internacionales. Actualmente es miembro de la Junta Directiva del Bank Information Center; la Environmental Law Alliance Worldwide-US; EarthRights International, y el Project on Government Oversight. Graduado en Economía y Ciencias Políticas por la Universidad de Michigan; tiene un título por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Es autor de numerosos artículos y libros en temas relacionados con el derecho ambiental internacional, entre ellos, el libro de texto más utilizado en las universidades estadounidenses en esa materia.

Ricardo Lorenzetti

Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Presidente de la Comisión que redactó el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Miembro fundador del Instituto Judicial Mundial del Medio Ambiente. Copresidente del International Advisory Council for the Advancement of Justice, Governance and Law

for Environmental Sustainability, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente de la ONU. Integrante de la Comisión Medioambiental de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Embajador de buena voluntad para la Justicia Ambiental para promover el Estado de derecho ambiental, Organización de los Estados Americanos, de la junta directiva de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN-WCEL) y el Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental y de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, ambas, de la Universidad de Buenos Aires. Reconocimiento del Instituto "Derecho por un planeta verde" de Brasil, por sus trabajos en derecho ambiental, São Paulo. Venera "Ius Ambiens-Lumen Orbis", otorgado por la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, México. Distinción "Mérito académico", Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, por las aportaciones trascendentales al desarrollo del derecho ambiental. Autor de un sinnúmero de libros y artículos en materia ambiental. Su último libro, *Derecho ambiental*, ha sido publicado en Argentina, Estados Unidos, España, Italia, Colombia, México, Paraguay, Panamá. Sitio web: «<https://www.ricardolorenzetti.com/>»; «<https://www.csjn.gov.ar/>».

Sergio Muñoz

Presidente de la Sala Asuntos Constitucionales en la Suprema Corte de Justicia de Chile. Nacido en la ciudad de Villa Alegre, provincia de Linares, Chile. Cursa sus estudios de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Complementa su formación académica con diversos cursos y seminarios en su país y en el extranjero. Ha participado como expositor y ponente en diferentes seminarios en Chile, América y Europa. Desarrolla actividades académicas en cursos de pre y posgrado en universidades chilenas. Ha publicado libros y artículos sobre temas de interés jurídico. Ingresó al Poder Judicial en 1982, en el cual ha desempeñado variados cargos, entre éstos, el de Juez de primera instancia en distintos tribunales de ciudades de Chile, entre ellos, como juez en lo penal de

Santiago; ejerce las labores de asistente letrado (relator) de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, San Miguel y de la Corte Suprema de Justicia. En 1998 juró como Magistrado (Ministro) de Segunda Instancia en la Corte de Apelaciones de Santiago y en octubre de 2005 fue nombrado Juez (Ministro) de la Corte Suprema de Justicia de Chile, cargo que desempeña hasta hoy. Además ha ejercido diferentes funciones, como las de consejero de la Editorial Jurídica de Chile, encargado de la Unidad de Apoyo de la Reforma Procesal Penal y de la Jurisdicción Civil no reformada; consejero y presidente de la Corporación Administrativa del Poder Judicial; coordinador de la Primera Cumbre Judicial de la CELAC-Unión Europea de 2013; coordinador de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana Chile 2014 y coordinador nacional de Causas sobre Violaciones a los Derechos Humanos, responsabilidad que ha cumplido en diversos periodos. Asumió como presidente del Tribunal Calificador de Elecciones de Chile (máxima autoridad electoral del país) de 2008 a 2012. Durante el bienio comprendido entre el 6 de enero de 2014 y el 6 de enero de 2016 se desempeñó como presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile. En la actualidad es presidente de la Cuarta Sala de dicho Tribunal Supremo. En atención a la importancia y trascendencia de los distintos casos que le ha correspondido decidir, como la opinión expresada sobre distintas materias, es un juez reconocido en su país y en el concierto iberoamericano. Es miembro fundador del Instituto Judicial del Medio Ambiente Mundial. Sitio web: «<http://www.pjud.cl/corte-suprema>».

Marcos Orellana

Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión ambientalmente racional y la eliminación de sustancias y desechos peligrosos. Experto en derecho internacional y derecho de los derechos humanos y el medio ambiente. Su práctica como asesor jurídico ha incluido el trabajo con organismos de las Naciones Unidas, gobiernos y organizaciones no gubernamentales, incluso en cuestiones relacionadas con desechos y productos químicos en los convenios de Basilea y Minamata, la Asamblea de las

Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Consejo de Derechos Humanos. Ha intervenido en casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Su práctica en el espacio climático incluye representar a la Asociación Independiente de América Latina y el Caribe en las negociaciones del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, y servir como asesor jurídico *senior* de la Presidencia de la 25a. Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Tiene una amplia experiencia trabajando con la sociedad civil de todo el mundo en temas relacionados con la justicia ambiental global. Fue director inaugural de la División de Medio Ambiente y Derechos Humanos de Human Rights Watch. Anteriormente dirigió los programas de comercio y derechos humanos en el Centro de Derecho Ambiental Internacional y copresidió el foro de la sociedad civil del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Es catedrático de Derecho Ambiental Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington y de Internacional en la American University Washington College of Law. Ha dado conferencias en importantes universidades de todo el mundo, incluyendo Melbourne, Pretoria, Ginebra y Guadalajara. Fue becario en la Universidad de Cambridge, académico visitante del Instituto de Derecho Ambiental en Washington DC, y profesor instructor de Derecho Internacional en la Universidad de Talca, Chile. Sitio web: «<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/ToxicWastes/Pages/Marcos-A-Orellana.aspx>».

Brian Preston

Juez presidente de la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur, Australia. B. A., LLB Macquarie University (1982). Procurador principal en la Oficina del Defensor Ambiental de la NSW desde marzo de 1985, supervisando su apertura oficial desde mayo de ese año hasta 1987. Barrister (1987-2005). Consejero Superior del Tribunal de Tierras y Medio Ambiente en 1999; nombrado juez presidente en 2005. Recibió

en 2010 un premio de la red de Aplicación y cumplimiento ambiental de Asia Network por su trabajo ambiental. Integrante del Comité provisional de gestión del Instituto Judicial del Medio Ambiente.

Alejandra Rabasa Salinas

Investigadora Jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, responsable de las agendas de investigación sobre derecho y medio ambiente y evidencia científica. Maestra en Ciencias de la Sostenibilidad por la Universidad Nacional Autónoma de México, en la cual realiza actualmente estudios de doctorado en el mismo campo. Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Fue directora del Programa de Estudios sobre Jueces y Medio Ambiente en el Environmental Law Institute de Washington D. C.; en México, directora jurídica de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Presidenta del Centro Interdisciplinario de Biodiversidad y Ambiente, A.C. Sitio web: «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/equipo/alejandra-rabasa-salinas>».

Luis Armando Tolosa Villabona

Ministro de la Corte Suprema de Colombia y actual ‘residente de la Sala Civil. Anteriormente fue juez de las cortes superiores de Rioacha y Tunja. Graduado en Educación, Filosofía y Letras, así como maestro en Derecho Procesal y en la Enseñanza de Modelos Problemáticos. Especialista en derecho público; instituciones de derecho familiar; derecho económico privado; derecho procesal constitucional; derecho comercial, derecho penal y criminología. Actualmente es profesor de Derecho Civil en la Universidad del Rosario. Sitio web: «<https://cortesuprema.gov.co/corte/>».

Damaris Vargas Vásquez

Licenciada en Derecho y doctora en Derecho Comercial y Civil de la Escuela Libre de Derecho. Tiene una trayectoria de 30 años en el Poder

Judicial. Antes de ser designada como Magistrada en la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se desempeñó 12 años como Magistrada suplente de la Sala Primera y como jueza del Tribunal Agrario. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla, La Mancha, y en Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica, donde se graduó como abogada y notaria. Su formación en gerencia se asocia con una maestría en Administración de Empresas con énfasis en Finanzas del Instituto Tecnológico de Costa Rica, sede donde obtuvo el título de especialista en Administración de Proyectos. Es integrante suplente del Consejo Superior del Poder Judicial y representa a los jueces y juezas ante el Consejo de la Judicatura y el Consejo de Notables del Poder Judicial. Es Formadora Iberoamericana en Ética Judicial y colabora en las Comisiones de Ética y Valores; Gestión Ambiental Institucional, Teletrabajo, Género y Acceso a la Justicia. Ocupa la Coordinación de la Subcomisión de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad e integra la Comisión de la Jurisdicción Agraria y Agroambiental. Además, imparte lecciones en los Cursos de Derecho Ambiental y Derecho Agrario de la Universidad Escuela Libre de Derecho, ha escrito un libro y varios artículos especializados e integra la junta directiva de la Asociación Costarricense de Juezas. Sitios web: «<https://salaprimera.poder-judicial.go.cr/>».

Christina Voigt

Profesora del Departamento de Derecho Público e Internacional de la Universidad de Oslo, Noruega y copresidenta del Comité de Cumplimiento del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Experta en derecho ambiental internacional. Trabaja en particular en cuestiones jurídicas del cambio climático, la conservación de la biodiversidad, el multilateralismo ambiental y la sostenibilidad. Autora de numerosos artículos académicos y varios volúmenes editados. Desde 2009, también ha estado trabajando para el gobierno noruego como negociadora principal en REDD+ (Reducción de las emisiones de la deforestación y degradación forestal en los países en desarrollo) y como asesora jurídica principal en las negociaciones climáticas de las Naciones Unidas; negociando, entre otras

cosas, el Acuerdo de París (2015) y el Reglamento de Katowice para el Acuerdo de París (2018). En la COP24 de Katowice fue cofacilitadora de las negociaciones sobre las normas para el Comité de Aplicación y Cumplimiento del Acuerdo de París. En junio de 2020 fue elegida copresidenta inaugural del comité. Actualmente forma parte del proyecto de investigación "Las responsabilidades legítimas de los poderes judiciales en el orden global" (Pluricourts), galardonado como Centro de Excelencia, donde es coordinadora del proyecto en lo relativo a mecanismos de incumplimiento. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN y del Grupo de Trabajo sobre el Cambio Climático de la UICN y presidenta del Grupo de Especialistas sobre el Cambio Climático de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN. Candidata oficial a la presidencia de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de WCEL. Vicepresidenta de la rama noruega de la Asociación de Derecho Internacional y miembro de la Sociedad Alemana de Derecho Internacional. Miembro del consejo editorial de Derecho Ambiental Internacional y Comparado de Europa, del Journal de Derechos Humanos y Medio Ambiente, de Derecho Climático y Gestión de Recursos, Teoría y Práctica y de la Red Mundial para el Estudio de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. Asesora legal *senior* en el Centro de Derecho y Desarrollo Sostenible. Sitio web: «<https://www.christinavoigt.net/>».

Resumen ejecutivo

El primer tomo de la *Antología judicial ambiental 2017-2020* se ha dedicado a los principios del derecho y la progresividad de la justicia ambiental en el derecho comparado e internacional. Esta publicación se basa en la compilación temática de casos emblemáticos que aportan como precedentes a la evolución del arte de hacer justicia en la conflictividad ambiental. El catálogo de decisiones judiciales que se ha seleccionado aborda de manera sustancial el derecho a un medio ambiente sano a partir de perspectivas y contextos distintos.

Esta primera edición además incluye artículos de reconocidos expertos invitados de alto nivel y jueces de altas cortes (incluida la directiva del GJIE) acerca de las tendencias en los temas emergentes abordados por las decisiones judiciales emblemáticas que se destacan en la publicación, tales como perspectivas de la justicia ambiental, aplicabilidad y evolución de principios del derecho ambiental e internacional y el emergente litigio climático y las respuestas judiciales al respecto. La intención de este primer esfuerzo trienal es servir de insumo al análisis comparativo de la

adjudicación ambiental y será una base para su progresiva implementación en las Américas y otras regiones en las cuales trabaja el GJIE de cara a las próximas décadas.

En su primera edición, la *Antología judicial ambiental 2017-2020* contiene como primer apartado un análisis profundo de la jurisprudencia de Brasil, por la naturaleza precursora de su sistema judicial en cuanto a la aplicación del derecho ambiental y la interpretación de sus principios rectores, la función ecológica de la propiedad y la ponderación de cuestiones como el derecho a la vivienda y el deber de conservar la diversidad biológica y fundar las decisiones sobre políticas públicas relacionadas con los derechos económicos y sociales en consideraciones como la integridad del sistema climático. En esta sección se presenta también un texto traducido por primera vez al español en el cual el ministro Antonio Herman Benjamin, presidente del GJIE, escribe acerca del papel de los jueces en la protección del medio ambiente.

También se presentan estudios de caso comparados a partir de sentencias emblemáticas en diferentes regiones del mundo que se ocupan de tres temas de gran relevancia para el desarrollo del derecho ambiental y muestran las tendencias más avanzadas de la adjudicación de controversias relacionadas con la tutela de los derechos ambientales. Para abordar el estudio de cada uno de esos temas, la publicación incluye una selección de sentencias representativas en la región interamericana en el trienio 2017-2020, por ser el periodo de mayor trascendencia evolutiva en la jurisprudencia ambiental hemisférica. Con el objetivo de proporcionar una mirada amplia desde un enfoque de derecho comparado, cada una de las sentencias se analiza a su vez frente a decisiones judiciales que han surgido en otras regiones del mundo en las cuales trabaja también el GJIE, en las que se ha resuelto una temática análoga y se han establecido criterios comunes o adicionales.

En cada sección, las sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado que se analizan pueden consultarse por medio de un

hipervínculo a la fuente original. Con el fin de identificar reglas aplicables a casos futuros, las sentencias se abordan a partir de la siguiente estructura: i) hechos, ii) criterios del tribunal y iii) análisis jurisprudencial. En cada sección, después de los estudios de caso se presentan también análisis de opinión por parte de distinguidos autores expertos del mundo académico y judicial. Para cerrar cada una de estas secciones se presenta un análisis comparativo del tema por parte de Claudia S. de Windt, directora ejecutiva del IIJS.

El segundo apartado de esta publicación está dedicado al desarrollo jurisprudencial de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*, así como a la interpretación judicial del alcance que tiene la evaluación de impacto ambiental en los procesos de toma de decisiones sobre proyectos que puedan afectar ecosistemas protegidos, como las cuencas hídricas, las áreas de conservación y los manglares.

En el primer caso que se estudia (*Majul, Julio. J c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros*), la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se pronunció sobre el deber de interpretar cualquier acción que pueda afectar los ecosistemas hídricos bajo los principios precautorio, *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*, formulando también importantes consideraciones sobre el papel activo de los juzgadores en la tutela del medio ambiente y la adopción de medidas eficaces en el proceso judicial para lograr la recomposición de los daños al ambiente.

Como contraparte de esta sentencia, en la misma sección se presenta un caso (*Champion v Norfolk District Council*) que llevó a la Corte Suprema del Reino Unido a estudiar de manera detallada el alcance de la legislación aplicable en la Unión Europea y localmente en materia de evaluación de impacto ambiental, así como hábitats protegidos, como los ríos y sus ecosistemas asociados. Este precedente aborda consideraciones importantes sobre la aplicación del enfoque de precaución en la evaluación de impacto ambiental y resalta el escrutinio que debe realizarse de las medidas de mitigación propuestas en cada etapa del procedimiento para proteger la diversidad biológica y el medio ambiente.

Para comprender mejor los casos de estudio y sus importantes implicaciones para el Estado de derecho en materia ambiental, en el segundo capítulo se presentan dos ensayos de opinión elaborados por el Ministro Ricardo Lorenzetti, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, y Lord Robert Carnwath, Ministro en retiro de la Suprema Corte del Reino Unido, ambos, jueces relatores en las sentencias presentadas.

Esta sección se complementa además con el análisis desarrollado por el doctor Michael Hantke Domas, expresidente del Tercer Tribunal Ambiental de Chile, sobre las sentencias en los casos Majul y Champion. Asimismo, Silvia Capelli, fiscal superior de Brasil, ha contribuido a esta sección con un artículo sobre la evolución de la interpretación judicial del principio *in dubio pro natura* en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador y México.

En el capítulo tercero, los estudios de caso y las opiniones de los expertos y jueces comentaristas se enfocan en la adjudicación de casos relacionados con actividades económicas predominantes, como la minería y la refinación petrolera, a la luz de los impactos ambientales que pueden causar la contaminación y otras externalidades negativas derivadas de estos desarrollos, sobre derechos fundamentales como el de vivir en un medio ambiente sano y a la salud, así como sus implicaciones para la justicia climática.

En el primer caso de estudio de este apartado (*caso Quintero Puchuncavi*) la Corte Suprema de Chile se pronunció sobre los impactos causados en el tiempo por un complejo industrial en el cual hubo varias alertas de contaminación por la generación de gases y compuestos químicos con impactos serios a la salud de las personas y el medio ambiente en las comunas de la región. La Corte Suprema encontró que las autoridades responsables de proteger el medio ambiente y la salud en diferentes sectores y órdenes de gobierno incumplieron sus deberes de conducir un proceso de desarrollo sustentable, así como los compromisos internacionales del Estado chileno en materia ambiental. La sentencia aborda de manera

detallada los problemas relacionados con la causalidad, la ausencia de información y evidencias científicas claras y la reparación de los daños ambientales y a la salud causados por la contaminación de fuentes difusas, desde un enfoque de precaución y derechos fundamentales.

Se analiza después la sentencia emitida por la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur, Australia en un conflicto derivado de la solicitud de autorización para un proyecto minero en el Valle de Gloucester, que fue denegado por sus potenciales impactos adversos sobre los usos del suelo y los recursos naturales, la afectación que se causaría a las generaciones presentes y futuras por la contaminación y otros daños ambientales que podrían derivar del proyecto, y el incumplimiento que su realización causaría respecto de los compromisos nacionales para mitigar el cambio climático.

Posteriormente a estos estudios de precedentes emblemáticos en el derecho comparado, se presentan dos ensayos elaborados por distinguidos jueces de las cortes chilena y australiana. Primero, un texto del Ministro Sergio Muñoz, presidente de la Sala de Asuntos Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de Chile, sobre la labor de los jueces y de la relación entre el derecho y la sociedad nacional e internacional en la justicia ambiental. Sigue a este ensayo el extracto de un artículo escrito por el ministro presidente de la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nuevo Gales del Sur, Brian J. Preston, sobre los problemas ambientales y la especialización judicial, traducido por primera vez al español. Como autora experta invitada, en esta sección, Valentina Durán Medina, profesora asociada del Centro de Derecho Ambiental y Departamentos de Enseñanza Clínica del Derecho y Derecho Económico, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, realiza un comentario de la sentencia Quinterio Puchuncaví.

El cuarto capítulo de la antología está dedicado al estudio de casos relativos a conflictos relacionados con la gestión y eliminación ecológicamente racional de las sustancias y los desechos peligrosos y sus impactos sobre la seguridad alimentaria, biodiversidad y los derechos humanos.

En la sentencia de Costa Rica que se analiza (*caso Florez-Estrada vs. Ministerio de Agricultura y Ganadería*), el litigio surgió a raíz de una solicitud formulada al ministerio de Agricultura y Ganadería de ese país para prohibir el uso de neonicotinoides en la agricultura, entre otros impactos peligrosos, por su afectación a las abejas y la seguridad alimentaria. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica abordó ampliamente cuestiones relacionadas con la evidencia científica del uso de las sustancias peligrosas referidas y el principio precautorio en el contexto del sistema jurídico nacional e internacional para la protección del medio ambiente y ordenó a las autoridades responsables elaborar un estudio de dichos agroquímicos. En este fallo se determinó también que en caso de encontrar riesgos o daños graves a la salud, la biodiversidad o el ambiente, deberán adoptarse medidas adecuadas para resguardar dichos bienes constitucionales.

Se revisa también un precedente del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (*BASF Agro BV, y las demás partes demandantes contra Comisión Europea*), en el cual se resolvió una acción interpuesta por BASF Agro BV en contra de una regulación emitida por la Comisión Europea para hacer más estrictas las condiciones de aprobación del agroquímico fipronil, así como prohibir el uso y la venta de semillas que contuvieran dicha sustancia, por sus serios riesgos para las abejas melíferas. Esta sentencia estudia de manera exhaustiva las implicaciones del principio de cautela que rige la política ambiental de la Unión Europea, y que debe ser considerado de manera transversal en todas las actividades económicas y, en particular, en aquellas relacionadas con el uso de sustancias peligrosas como los agroquímicos.

La Magistrada Damaris Vargas, de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, presenta en este apartado un artículo sobre la incorporación del Acuerdo de Escazú al sistema jurídico de Costa Rica, en el que reflexiona acerca de la necesidad de crear una jurisdicción especializada en materia ambiental. Por su parte, el relator especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre las implicaciones para los derechos humanos de la

gestión ambientalmente racional y la eliminación de sustancias y desechos peligrosos, Marcos Orellana, contribuye con un relevante artículo de opinión sobre la consolidación del principio precautorio frente a los riesgos de los plaguicidas.

Finalmente, en el quinto capítulo de la antología se presenta una serie de ensayos que ilustran las tendencias emergentes en los campos de la justicia ambiental y climática. Claudia S. de Windt escribe sobre los principios ambientales en la labor judicial por el Estado de Derecho Ambiental, y aborda su papel crítico para abatir la desigualdad que se agrava por la suma de los impactos del cambio climático y la crisis de la biodiversidad que amenazan los derechos fundamentales de todas las personas en la actualidad. Este texto resalta importantes desarrollos creados judicialmente para la interpretación del derecho ambiental como los Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible, aprobados en la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana o la Declaración de Brasilia sobre justicia hídrica, auspiciada por el GJIE.

El doctor Nicholas Bryner analiza la aplicación del principio *in dubio pro natura* en la región interamericana, al presentar estudios de caso en Brasil, Costa Rica y Ecuador. El autor propone además aplicaciones adicionales de ese principio para garantizar la aplicación efectiva y el Estado de derecho en materia ambiental. Christina Voigt analiza el papel de la justicia ambiental para enfrentar la crisis climática, al explorar cuestiones como la contribución que puede formular el Acuerdo de París y su interpretación judicial en los litigios emergentes globalmente en temas relacionados con el cambio climático, a partir de principios como el de máxima ambición para cumplir los objetivos mundiales de una temperatura que evite interferencias antropogénicas peligrosas. David Hunter, Wenhui Ji y Jenna Ruddock contribuyen con un ensayo sobre las implicaciones de la retirada de los Estados Unidos del Acuerdo de París; enmarcan su análisis en las lecciones aprendidas de la interpretación que le han dado varios tribunales en diferentes países. Finalmente, Luis Armando Tolosa Villabona, Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de Colombia, presenta un ensayo acerca del papel de los poderes judiciales en la tutela del medio ambiente.

I. Una mirada con lupa a la jurisprudencia de Brasil

Brasil, a pesar de la grave degradación ambiental y la enorme deforestación que ha vivido en los últimos 50 años, sigue siendo tanto la reserva de biodiversidad más rica del planeta como un laboratorio experimental con modelos nuevos y creativos de legislación ambiental, tanto en términos de diseño de políticas como en la búsqueda de alternativas efectivas para su cumplimiento y aplicación efectiva.²

Esta hipótesis se ilustra de manera clara en la riqueza de los precedentes establecidos por el Tribunal Superior de Justicia, que en los últimos 25 años ha dictado decisiones que han cambiado la visión del derecho ambiental en el país.

En este contexto, pese a la dificultad de elegir una sola sentencia que ilustra la tendencia de avanzada del precedente judicial, hemos seleccio-

² Herman Benjamin, Antonio, "We, the Judges, and the Environment", *Pace Environmental Law Review*, Digital Commons, vol. 29, enero de 2012, pp. 582-591. Disponible en: «<https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/8>».

nado una sentencia del Tribunal Superior de Justicia en un recurso interpuesto por el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA, por sus siglas en portugués).

El análisis individual de este caso emblemático en el marco de la antología aporta al debate como muestra de vanguardismo en la labor jurisdiccional de Brasil, al abordarlo en el contexto de la justicia socioambiental, de principios como el de la naturaleza *propter rem* de las obligaciones ambientales, así como la integridad del sistema climático con matices sociales en un conflicto que contrapone el derecho a la vivienda de comunidades marginadas y el derecho a un medio ambiente sano.

1.1 Sentencia emblemática y de tendencia en el derecho comparado

1.1.1 Caso IBAMA c. Municipio de Pitimbu y otros Recurso especial No. 1.782.692 – pb (2018/0268767-7)

Hechos

En Brasil, el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA) interpuso una acción civil pública en contra de 12 particulares y del municipio de Pitimbu, del Estado de Paraíba. El IBAMA solicitó una disposición judicial que prohibiera la ampliación y determinara la demolición de una construcción ilegal de 11 predios, ubicados en la franja marginal del río Acaú (entre ellos, un bar, una farmacia, casas de vacaciones y casas familiares). El Juzgado de Origen confirmó de manera parcial los hechos y determinó que se causaba un daño ambiental por la descarga de las alcantarillas en el río; sin embargo, el juzgado también determinó que resultaba irrazonable demoler todas las construcciones, pues se afectaría a personas y municipios en una situación económica de marginación y porque estimó posible tomar medidas menos drásticas para minimizar los daños ocasionados al ambiente.

Inconforme, el IBAMA impugnó la decisión del Juzgado de Origen y el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) conoció del asunto. En su resolución,

el TSJ concedió la apelación, ordenó la demolición de las propiedades y la recuperación de la vegetación en el sitio. El Tribunal determinó que el municipio tenía el deber de asegurar, para quienes construyeron casas estrictamente residenciales, apoyo material y "alquiler social", así como de priorizar su inclusión en los programas de vivienda pertinentes. En esta resolución, el TSJ realizó pronunciamientos relevantes acerca del derecho ambiental y su relación con los derechos económicos y sociales.

Criterios del Tribunal Superior de Justicia

1. La falta o ausencia de vegetación nativa en un sitio, así como su posterior ocupación con construcciones o por actividades prohibidas (*non aedificandi*), no desaparece la afectación al deber de conservación permanente de las tierras de las que se trate. El daño ambiental ocasionado particularmente por la edificación ilícita en un área de conservación permanente (ACP) produce a cargo de quien lo ocasione el deber de desocupar el sitio protegido, demoler las construcciones, recuperar las áreas afectadas, pagar una indemnización por los daños ambientales generados y, además, restituir los "eventuales" beneficios económicos—directos o indirectos— (plusvalía ambiental) obtenidos por la degradación y por la usurpación de los servicios ecosistémicos del ACP.
2. El derecho a la vivienda no implica el sacrificio del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Afirmar lo contrario significa negar la esencia ética y jurídica propia del derecho a una ciudad sostenible contemplado en la legislación brasileña. Lo anterior porque el derecho a la vivienda prevé tanto la función social como ecológica de la propiedad. Así, el combate al déficit habitacional no se supera con la degradación ecológica de los ecosistemas y los servicios ambientales.
3. La teoría del hecho consumado no puede utilizarse para tratar de borrar hechos ilícitos. En el derecho ambiental, la devastación de la flora nativa o la ocupación de tierras especialmente protegidas por su importancia para la conservación de sus ecosistemas no protege a quien

agrede a la naturaleza. Además, la pretensión del derecho adquirido tampoco puede ser invocada en materia ambiental, porque se basa en un derecho inexistente y porque sería un contrasentido inmoral admitir que el derecho adquirido puede utilizarse para transgredir el deber de protección al ambiente y validar la generación de daños al ambiente que causa perjuicio tanto a las generaciones presentes como a las futuras.

4. En el sistema jurídico para la protección del medio ambiente y la diversidad biológica de Brasil, que se funda en el principio de la preservación de la integridad climática, toda acción estatal o privada debe tomar en consideración el conocimiento y las advertencias acerca de la ciencia y de los riesgos del cambio climático, para evitar la eliminación o el deterioro de espacios ecológicamente invaluablees como las áreas de conservación.

Análisis jurisprudencial

En primer lugar, el TSJ estableció que, de acuerdo con el artículo 3, II, del Código Forestal, la ausencia de vegetación nativa en una zona de conservación ambiental —como lo son las ACP— y la presencia de edificaciones o actividades prohibidas en las mismas no son situaciones fácticas que eliminen por sí mismas la calidad jurídica de zonas *non aedificandi* (pág. 11, párr. 1).

Para el Tribunal, en el marco del desarrollo sostenible, las ACP son el corazón del régimen jurídico ambiental y urbanístico brasileño. El TSJ especificó que el atributo *non aedificandi* de estas áreas, además de proteger la salud, la seguridad, el patrimonio y el bienestar de las personas, también tiene la finalidad de proteger los servicios ecosistémicos, la diversidad biológica, los recursos hídricos, los corredores de fauna y flora, la integridad del suelo y de las zonas costeras, especialmente en contra de riesgos ambientales como los ocasionados por la erosión o por la fuerza destructora de las mareas (pág. 12, párr. 2). En el caso específico de la vegetación ribereña, el Tribunal detalló que la finalidad de conservación de estos ecosistemas descansa en la inhibición de los ries-

gos ocasionados por la carga ambiental de los asentamientos humanos en los lechos de arroyos y ríos, causada por la acumulación de sedimentos en los cursos del agua (pág. 11, párr. 2). Por lo que la ocupación o construcción de edificaciones que no estén autorizadas de modo previo por causa de utilidad pública o de interés social están prohibidas (pág. 11, párr. 3).

Por lo anterior y por no premiar al *vilipendiador serelepe* (el que arrasa todo de un solo golpe), el daño ambiental ocasionado en un ACP produce el deber para quien lo ocasione de desalojar el sitio, demoler las construcciones, recuperar las áreas afectadas, pagar una indemnización por los daños ambientales generados y, además, restituir los eventuales beneficios económicos —directos o indirectos— (plusvalía ambiental) obtenidos por la degradación y por la usurpación de los servicios ecosistémicos del área de la que se trate (pág. 11, párr. 1). De manera adicional, el Tribunal Superior de Justicia detalló que en el marco del nuevo régimen jurídico de protección de la vegetación nativa de Brasil, que se funda en el principio de la preservación de la integridad climática, toda acción estatal o privada debe tomar en consideración el conocimiento y las advertencias acerca de la ciencia y de los riesgos del cambio climático para evitar la eliminación o el deterioro de espacios ecológicamente invaluable como las ACP (pág. 13, párrs. 2 y 3).

En esta sentencia emblemática, el TSJ resolvió también que en el Estado social de derecho el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental absoluto, pues está limitado por otros derechos igualmente prestigiosos, como el derecho a la salud, a la seguridad o a un medio ambiente ecológicamente equilibrado (pág. 14, párr. 2). Por esta razón, el derecho a la vivienda no implica el sacrificio del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Sobre este punto, la sentencia del Tribunal señala que afirmar lo contrario es un falso dilema, ya que, de ese modo, se niega la esencia ética y jurídica propia del derecho a una ciudad sostenible, establecido en la Ley 10.257/2001, art. 2, I., toda vez que el derecho

fundamental a la vivienda comprende la función social y ecológica de la propiedad (pág. 15, párr. 1).

Para el Tribunal esto implica que el combate al déficit habitacional, por medio de la regulación urbanística de interés social para población de bajos ingresos, no puede realizarse a expensas de una degradación ecológica de los bienes ambientales de la sociedad brasileña (pág. 15, párr. 1). En este mismo sentido, sobre la construcción de casas de veraneo y de establecimientos comerciales, el Tribunal constitucional determinó que estas edificaciones tampoco encajan de ningún modo con las excepciones que prevé la legislación brasileña para la autorización de construcciones en APC (pág. 16, párr. 2 y pág. 17, párr. 1).

Por último, el TSJ reiteró que la teoría del hecho consumado no tiene aplicación en la materia ambiental (pág. 17, párr. 3). En este mismo sentido se ha pronunciado el Supremo Tribunal Federal (STF), el cual estableció que la teoría del hecho consumado no puede ser invocada para conceder un derecho inexistente bajo el argumento de la consolidación de una situación fáctica por el transcurso del tiempo (pág. 17, párr. 3). De igual modo, el Supremo Tribunal reafirmó su criterio sobre la inaplicación del derecho adquirido en relación con la afectación del medio ambiente, precisando que dicha protección jurídica no sirve para justificar la deforestación de la flora nativa y la ocupación de espacios especialmente protegidos por la legislación, ni para autorizar el mantenimiento de conductas claramente lesivas para el ecosistema (pág. 18, párr. 2).

1.2 Análisis de opinión sobre el desarrollo de la jurisprudencia brasileña para la protección del medio ambiente

1.2.1 Nosotros, los jueces y el medio ambiente³

Antonio Herman Benjamin

Empezaré por el lugar común más obvio: vivimos en una era en la cual están desapareciendo rápidamente las especies y los ecosistemas, un escenario que es aún más preocupante por las incertidumbres asociadas al cambio climático. La base misma de la vida está amenazada. Esta observación tiene repercusiones para el tema que se me ha pedido analizar: los jueces y el medio ambiente. Los jueces han tenido la palabra final en cómo afectan las interacciones sociales nuestras vidas —el inicio y la terminación de la vida, la vida familiar o en el comercio, la vida emocional, entre otras—. Nunca hemos cuestionado la intervención de los tribunales en esas áreas diversas de interacción social.

El reto intelectual frente a nosotros es investigar el papel de los jueces en la protección de las bases de la vida misma —el interés judicial con el *a priori*, con los sistemas naturales del planeta que preceden y mantienen

³ Extracto del artículo: "Antonio Herman Benjamin, We, the Judges, and the Environment", 29 29/ iss2/8Pace Envtl. L. Rev. 582 (2012) originalmente publicado y disponible en: «<https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol>». Traducido por Alejandra Rabasa Salinas con autorización del autor.

nuestra existencia diaria—. El razonamiento lógico sugiere que si la preservación de la vida humana es una de las responsabilidades del juez, también debería entonces corresponder a la judicatura asegurar las condiciones necesarias para mantener a todos los seres vivos, nosotros y todos los demás —los fundamentos de la vida—. Sin embargo, sabemos que la intervención de la judicatura en los asuntos ambientales, a pesar de que existen algunas historias de éxito en el mundo, todavía no existe en muchos países. En algunos sistemas jurídicos las cortes han tenido una participación meramente retórica o simbólica en la implementación de la legislación ambiental; en otros, su papel es cuestionado; en algunos más los tribunales son incapaces de reducir, mucho menos detener, la extinción de especies y la pérdida irreversible de ecosistemas y biomas valiosos.

Es en este contexto que me propongo analizar: *a)* dos modelos diferentes de la participación de los jueces y los tribunales en la gobernanza ambiental; *b)* dos formas concretas de intervención judicial en la resolución de conflictos ambientales; *c)* los retos de la práctica judicial en esta área, y *d)* una reflexión sobre las perspectivas para el futuro cercano, a partir de mi experiencia como brasileño.

Aunque esto es de alguna forma una idea demasiado simplificada, creo que es posible identificar de manera amplia dos modelos básicos para la tutela judicial del medio ambiente, basados en los tipos de roles que los tribunales o las cortes pueden desempeñar en la gobernanza de los recursos naturales. Por una parte está el juez espectador, un "no-actor" institucional o periférico en las respuestas a la crisis ambiental. Éste es el enfoque ambiental *laissez-faire*, en el cual la ley y los jueces aún se ven como herramientas del Estado, utilizadas principalmente para la protección de la propiedad y la aplicación de las leyes sobre la propiedad, los contratos y las relaciones de familia. Lo demás —incluida la protección del medio ambiente— está reservado a las políticas públicas y la discrecionalidad administrativa, un territorio prohibido para la exploración judicial, excepto en muy contadas situaciones (como el traspaso y otras injerencias públicas o privadas a la propiedad), que son casos

excepcionales por definición. Por supuesto, encontraremos que no existe una ley que abierta o expresamente les ordene a los jueces abstenerse de intervenir en los conflictos ambientales. Los sistemas judiciales alcanzan este resultado de manera indirecta al mantener los mismos patrones jurídicos que han orientado la práctica de los jueces por siglos, tanto en lo sustantivo como en las cuestiones procesales.

Existen varios argumentos técnicos y políticos que se han avanzado para sugerir que los tribunales deben utilizar este enfoque de "manos afuera" para lidiar con la crisis ambiental. Podría decirse que los conflictos ambientales presentan temas que son demasiado complejos. Pensemos, por ejemplo, en la contaminación industrial o de las aguas subterráneas, o la dificultad de establecer el nexo causal en un caso específico referido a la extinción de una especie. Según este argumento, la judicatura no cuenta con los recursos necesarios o la experiencia requerida para lidiar con un nivel tan alto de complejidad técnica o científica.

Los proponentes de la teoría del juez espectador podrían incluso señalar que las disputas ambientales no se presentan siempre de una forma concreta que pueda caber perfectamente en los moldes legales existentes. Podría argumentarse que lo anterior obligaría a los jueces a adentrarse en las aguas pantanosas y judicialmente prohibidas de la confrontación política y la formulación de políticas públicas, que son provincias exclusivas de otros actores estatales —en particular, quienes fueron designados directamente mediante procesos de elección popular— y que no pueden por tanto ser etiquetados (como sí puede ocurrir con los jueces) como democráticamente ilegítimos. Finalmente, los conflictos ambientales requieren una respuesta o acción veloz que es incompatible con el lento ritmo del sistema judicial, que debido a su burocracia y rituales técnicos se convierte eventualmente en un obstáculo para la protección efectiva del medio ambiente y el progreso económico.

Desde mi punto de vista, ninguno de esos argumentos en defensa del juez espectador se sostiene. Los jueces, en el curso de sus deberes tra-

dicionales, frecuentemente lidian con preguntas sociales y técnicas complejas, como los conflictos en materia familiar o las incertidumbres relacionadas con los casos sobre la protección a menores, los adultos mayores, los enfermos o personas en coma, que podrían no tener la capacidad para expresar su consentimiento de manera libre y por completo. Hoy en día los jueces se enfrentan a todo tipo de dificultades tecnológicas cuando deciden disputas sobre propiedad intelectual; sin embargo, para llegar a una buena decisión, un juez no necesita transformar su tribunal en una universidad o en un instituto especializado de investigación. Es precisamente por esa razón que los jueces tienen el poder de designar expertos o maestros especiales para realizar estudios, incluso los más sofisticados, cuando se requiera la cooperación de diversos campos académicos.

Por otra parte, la lentitud del proceso judicial, aunque innegable, puede ser corregida o mejorada mediante innovaciones jurídicas y de manejo de casos, por lo cual no deberían ser tomadas como un argumento para distanciar a los tribunales sólo de un tipo de conflicto: el ambiental. Finalmente, sin duda esperamos que los jueces (especialmente los de derecho civil) respeten la delgada línea entre lo jurídico y lo político. Esto presenta nuevamente un obstáculo para los tribunales. Aquí debemos distinguir entre la aplicación de una política pública creada legislativamente y la creación judicial de una política pública. Esta distinción ha sido resaltada en una decisión del Tribunal Superior de Brasil:

En Brasil, a diferencia de otros países, los tribunales no crean obligaciones para la protección del medio ambiente. Éstas nacen de la ley, después de haber pasado por un análisis parlamentario. Así, nosotros no necesitamos jueces activistas, porque el activismo está plasmado en la ley y el texto constitucional... [Por fortuna,] nuestro Poder Judicial no se ve confundido por un mar de lagunas o un festival de medias palabras legislativas. Si existe una laguna no es por la ausencia de una ley o siquiera por un defecto legislativo; sino que se debe a la ausencia de o la deficiencia en

la implementación administrativa o judicial de los deberes ambientales inequívocos establecidos por el legislador.⁴

Al mirar alrededor creo que en la gobernanza ambiental estamos viviendo cada vez más en una era del juez protagonista (algo muy diferente del juez activista), o al menos nos movemos hacia allá. Éste es el resultado de una serie de desarrollos jurídicos y políticos que iniciaron con la Conferencia de Estocolmo en 1972. Primero, los tratados y documentos internacionales empezaron a requerir a los Estados que legislaran de manera efectiva la protección del medio ambiente. Como bien sabemos, las leyes se adoptan para poder ser aplicadas, incluso judicialmente, cuando son violadas. Adicionalmente, muchos países en el mundo han "enverdecido" sus constituciones, elevando la estatura de la protección ambiental y transformándola de un paradigma legal, a uno constitucional. Lo anterior no es y no debe ser un mero cambio cosmético. Por último, desde la Conferencia de Río en 1992, el énfasis de la comunidad internacional se ha movido en la dirección del cumplimiento y la aplicación de las políticas y las leyes ambientales.

En la actualidad, muchas constituciones nacionales reconocen de modo expreso el derecho a un medio ambiente limpio y seguro (la terminología específica y el lenguaje varían de manera significativa entre los diferentes textos constitucionales), e incluso algunas van más allá para atribuir una función ecológica a los derechos de propiedad, como ocurre, por ejemplo, en Brasil y Colombia. Incluso en países que apenas recientemente han abrazado la democracia y el Estado de derecho, después de décadas de dictadura militar o civil, se considera inaceptable el reconocimiento de derechos sin sus obligaciones conexas y, aún de mayor importancia, sin acordar, al menos en la teoría, la legitimidad de la intervención judicial para garantizar esos derechos. Más aún, en el mundo moderno es imposible separar el medio ambiente de la protección de

⁴ I. S.T.J., REsp 650.728/SC (2d Panel), Relator: Min. Antonio Herman Benjamin, 23.10.2007, at 15-16 (Braz.).

bienes y derechos tradicionales como la salud y la propiedad. Tampoco podemos olvidar que en el nuevo constitucionalismo el Estado de derecho ocupa un lugar central. El verdadero Estado de derecho no puede existir sin la sustentabilidad ecológica y un Poder Judicial independiente.

Todo lo anterior es para resaltar el hecho de que un sistema judicial de "manos afuera" para la protección del medio ambiente no sólo contradice las necesidades de nuestro tiempo, sino que fundamentalmente juega en contra del marco constitucional y legal que existe, en una especie de desobediencia judicial o "activismo judicial negativo".

Debería empezar con el que es posiblemente el aspecto más esencial y controversial de este debate: la protección ambiental redistribuye el valor ecológico y al hacerlo redistribuye el valor económico y reorganiza los derechos de propiedad. Ésta es la función redistributiva del derecho ambiental. Piensen en cómo la ecuación de las externalidades ambientales negativas se revierte cuando las leyes y los tribunales empiezan a requerir al contaminador que instale un equipo para el control de sus emisiones, o cuando el derecho ambiental, como en Brasil, prohíbe a los dueños rurales de la tierra en el Amazonas que desmonten 80% del área de su propiedad. Básicamente, lo que el sistema jurídico establece aquí es que los derechos de propiedad tienen una función ecológica. A este respecto, el Tribunal Superior de Brasil ha sostenido que:

Los regímenes judiciales contemporáneos requieren que los derechos reales de la propiedad rural o urbana cumplan múltiples fines (públicos y privados, incluyendo los ecológicos), lo que significa que su utilidad económica no se termina con un simple uso o el mejor uso, menos aún el más más lucrativo.

A decir verdad, el orden jurídico y constitucional brasileño no garantiza a los propietarios o dueños de negocios el máximo retorno financiero posible sobre sus bienes privados o las actividades realizadas (sobre sus derechos reales de propiedad).

Los requerimientos de la sustentabilidad ecológica en la búsqueda y utilización de bienes económicos son insuficientes para mostrar una "expropiación" o una intervención pública injustificada en el dominio privado. Requerir a los individuos que cumplan con ciertas precauciones ambientales en el uso de su propiedad no es discriminatorio y no interfiere con el principio de la protección igual ante la ley, principalmente porque no puede confiscarse a una persona nada sobre lo que no posea o tenga un título propio.

Si los dueños de la tierra y sus ocupantes están sujetos a las funciones social y ecológica de la propiedad, no hace ningún sentido reclamar como injusta la pérdida de algo que bajo el régimen constitucional y legal vigentes, nunca tuvieron, como es la posibilidad de un uso completo, absoluto, en un estilo "de tierra quemada", sobre el suelo y sus recursos naturales. Más bien, hacer una reclamación así podría considerarse una apropiación ilegal... de los atributos públicos de la propiedad privada (procesos y servicios ecológicos esenciales), que son "bienes de uso común" en los términos del encabezado del Artículo 225 de la Constitución de 1988.⁵

Existe además otro cambio que está ocurriendo y que afecta la práctica judicial tradicional —el crecimiento del acceso colectivo a la justicia que implica el reconocimiento procesal de nuevos actores que por su naturaleza, diversidad o cantidad, son menos susceptibles de ser manipulados o avergonzados por el estado de degradación ambiental o poderosos intereses económicos velados—. Más aún, en estados federales como Brasil, la protección ambiental frecuentemente es emprendida por los tribunales federales, lo cual debilita y diluye el poder de las élites locales, así como su perniciosa proximidad y relación con las judicaturas locales a las cuales se han acostumbrado dichas élites. En suma, la adjudicación

⁵ S.T.J., REsp 1.109.778/SC (2d Panel), Relator: Min. Antonio Herman Benjamin, 10.11.2009, at 5 (Braz.) (énfasis añadido).

colectiva reconfigura la individualidad de los daños ambientales, trayendo al juego no solamente los componentes difusos e intergeneracionales de la degradación ambiental, sino también asegurando que la naturaleza en sí misma no quede desprotegida.

Cuando hablamos de la intervención judicial en la protección del medio ambiente tenemos de hecho dos cosas en la mente, que deben estar claramente identificadas y separadas. La función más común y menos controversial de los tribunales en relación con el derecho ambiental es resolver preguntas sobre el respeto, sobre todo del Estado, a los procedimientos formales establecidos por la ley. Aquí la misión del juez es fundamentalmente asegurar una forma de debido proceso ambiental, que incluye, por ejemplo, revisar que las licencias ambientales sean adecuadas, las manifestaciones de impacto ambiental estén completas, que se respeten las decisiones en las consultas públicas y los varios pasos y las formalidades en el procedimiento de creación de las áreas protegidas. Esto es un *control judicial formal* y como tal, trivial desde una perspectiva ambiental.

Podría decirse que es más difícil cuando un tribunal es llamado a emprender un *control judicial ambiental sustantivo* sobre el desarrollo de proyectos, en el cual se espera que el juez —dentro del contexto de la Constitución y las leyes— pondere opciones e internalice los costos ambientales. En estos casos se llama al juez a intevenir en las aguas turbias en las que las decisiones de las autoridades administrativas y los propietarios privados interactúan y se sobreponen. El peligro es doble: por una parte, el juez debe ser cuidadoso para no caminar sobre el territorio reservado a los oficiales electos, y por la otra, debe cuidar que no se invada el núcleo fundamental de los derechos de la propiedad privada. Por supuesto, en países que cuentan con un vasto y detallado marco constitucional y regulatorio en materia ambiental (como Brasil), la tarea judicial es menos retardadora que en aquellas jurisdicciones en las que el juez tiene enfrente únicamente una canasta de precedentes viejos y se en-

cuentra pobremente equipado para resolver temas que rebasan la protección tradicional de la salud y los derechos de propiedad de los individuos.

¿Cuáles son los desafíos para nosotros, los jueces, en el futuro cercano? Una clara dificultad es manejar el peso de las fuentes legislativas —internacionales, nacionales y crecientemente municipales— que son progresivamente más complejas, heterogéneas y fluidas. Más aún, el derecho ambiental se compone de un número de conceptos que desafían la tradición misma del derecho occidental, basado en la certeza y la seguridad, empezando por la expresión "medio ambiente". En adición a esta incertidumbre conceptual, los jueces deben adaptar el carácter estático de la ley a la naturaleza de la ciencia, siempre en evolución. Por poner un ejemplo: en el contexto del cambio climático, ¿es aceptable y razonable mirar las reglas jurídicas para el otorgamiento de licencias ambientales de la misma forma?

Otro aspecto que debe considerarse es el principio de no regresión, aun en un estado embrionario, y que es una respuesta al hecho de que la legislación ambiental en muchos países se está desvaneciendo. Hay una lucha global por mantener los logros de 40 años de desarrollo legislativo. Yo veo el principio de no regresión como un principio emergente del derecho ambiental, que mira hacia adelante, hacia el futuro. Aun así es frecuente que los tribunales sean confrontados con lo que ocurrió en el pasado (y no sólo en el pasado cercano), especialmente en países que promulgaron su legislación ambiental hasta la década de 1970, pero que carecían de la voluntad política o humana y la capacidad financiera para implementarla. Ése es el caso del Código Forestal de Brasil de 1965. La pregunta aquí es qué hacer con quienes han violado la ley por décadas, un tema que se presentó al Tribunal Superior de Brasil, que sostuvo lo siguiente:

No existe un derecho adquirido para contaminar o degradar el medio ambiente. El paso del tiempo no puede curar las violaciones ambientales de naturaleza permanente, porque algunas de las

partes afectadas por esas acciones —las generaciones futuras— no tienen ni una voz, ni representantes autorizados para hablar o callar en su nombre.

Décadas del uso ilegal de la propiedad rural no proporcionan un puerto seguro para el dueño o el ocupante de la tierra para continuar con los actos prohibidos; ni legalizan actos prohibidos por las regulaciones, por encima de todo en el área de derechos inalienables que todos disfrutaban, incluyendo a las generaciones futuras, como en el caso de la protección del medio ambiente.⁶

Los tribunales, de cualquier forma, no serán capaces de proteger el medio ambiente a menos que exista también un fuerte deseo cultural para hacerlo. Cambiar la ley es una cosa, pero transformar tradiciones culturales profundamente enraizadas durante siglos sería un desafío para cualquier nación o régimen judicial. Este punto no pasó inadvertido en un precedente emitido por el Tribunal Superior de Brasil:

En Brasil, "derribar" y "reemplazar lo viejo con lo nuevo" siempre ha sido el orden del día, tanto en la ciudad, como en los campos. En el espíritu del brasileño esculpido durante 500 años de conquista histórica de lo natural y de lo viejo, el progreso se convierte en sinónimo de negación del valor y la legitimidad del pasado y el futuro, de forma que nuestro "inmediatismo" sólo nos permite reconocer la identidad, legitimidad y las necesidades del presente. Como tal, la tendencia natural es a rechazar, obstruir o no creer en cualquier régimen legal que se interponga en el camino de tractores, grúas, dinamita o motosierras.⁷

Concluyo citando otro precedente del Tribunal Superior de Justicia de Brasil. El asunto principal en este caso era la validez de las cláusulas

⁶ S.T.J., REsp 948.921/SP (2d Panel), Relator: Min. Antonio Herman Benjamin, 23.10.2007, at 1 (Braz.).

⁷ S.T.J., REsp 840.918/DF (2d Panel), Relator: Min. Eliana Calmon, 14.10.2008, at 32 (Majority Opinion of Min. Antonio Herman Benjamin) (Braz.).

de una servidumbre privada para la conservación que se incluía en los contratos para la construcción a principios del siglo XX, un caso de planeación urbana cuyo fraseo encaja perfectamente con el reino de la conservación de la naturaleza:

Aunque los tribunales no designan, construyen o administran ciudades, eso no significa que no puedan hacer nada por ellas. Ningún juez, no importa qué tan grande sea su interés en, su conocimiento de o su habilidad para el arte de la planeación urbana, la arquitectura o el paisaje, asumirá algo más allá del simple papel de diseñar el discurso legal. Y como sabemos, las ciudades no se levantarán o evolucionarán solamente con las palabras. Pero las palabras dichas por los jueces en efecto [pueden] incentivar la destrucción o legitimar la conservación, endosar la especulación o garantizar la calidad ambiental urbana, consolidar los errores del pasado, repetirlos en el presente, o hacer posible un futuro sostenible.

1.2.2 Precedentes ambientales recientes del Tribunal Superior de Justicia de Brasil: una jurisprudencia de principios

Jorge Aranda Ortega*

1. Introducción

El presente artículo expone un panorama de la jurisprudencia medioambiental del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, con la finalidad de mostrar los avances en la protección del medio ambiente, y en la que ha desarrollado interesantes interpretaciones, muchas de ellas basadas en principios de derecho ambiental. De esta revisión, se puede aseverar que la jurisprudencia de principios está arraigada en el Tribunal Supe-

* Este artículo es una republicación y actualización parcial del trabajo realizado en una pasantía en el gabinete de trabajo del ministro del Tribunal Superior de Justicia Antonio Herman Benjamin, efectuada del 4 de febrero al 22 de marzo de 2013, en la ciudad de Brasilia. Agradezco profundamente la generosidad de esta invitación al Ministro Benjamin, al igual que sus consejos y orientación. Igualmente, agradezco a todo el gabinete de trabajo del Ministro Benjamin, en especial, a André Souza Santos y al profesor doctor Bruno Correa Burini por su ayuda, consejos, aclaraciones del derecho brasileño e ideas que ambos me brindaron. Este texto cuenta con una serie de fragmentos de jurisprudencias, los que han sido traducidos y enfatizados por el autor. Los originales pueden ser consultados en el sitio de internet del Tribunal Superior de Justicia, disponible en: «<http://www.stj.jus.br/SCON/>». También he traducido los textos de leyes brasileñas y de doctrina citados. Finalmente, y sin perjuicio de los debidos agradecimientos, y de las señaladas traducciones, todo error, imprecisión o falta es sólo imputable a mi persona.

rior de Justicia, y existen perspectivas para que éstas lleguen a ser vinculantes para uniformar la jurisprudencia interna del mismo. Así, algunas de estas interpretaciones pueden ser contradictorias con principios o figuras jurídicas tradicionales de otras disciplinas, y pueden generar conflictos e interpretaciones contrapuestas a futuro; sin embargo, estas adecuaciones interpretativas se hacen necesarias en un contexto de defensa del ambiente, y es imperativo, a largo plazo, repensar o adaptar antiguas categorías jurídicas tradicionales.

Mi plan de exposición será el siguiente: primero, brevemente, algunos aspectos generales, tanto orgánicos como funcionales, del Poder Judicial brasileño. Luego efectuaré una relación muy breve de las características ambientales de Brasil, y después daré una breve noción del desarrollo de la normativa ambiental brasileña. A continuación, expondré y comentaré una serie de sentencias del Tribunal Superior de Justicia, en relación con los siguientes temas: función ecológica de la propiedad; protección de vida silvestre; recursos hídricos; contaminación; no indemnización de las limitaciones administrativas por causa ambiental; aspectos urbanísticos; acción popular pública y acción civil pública; daño ambiental; sistema de evaluación de impacto ambiental, y la temporalidad de los derechos ambientales en el patrimonio. Finalmente, expondré mis reflexiones finales respecto de las sentencias expuestas.

2. Descripción del Poder Judicial Brasileño

El Poder Judicial de Brasil está reconocido constitucionalmente como un poder independiente, en relación armónica con los demás poderes del Estado.⁸ Está compuesto por siete órganos reconocidos constitucionalmente: el Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia, los Tribunales Regionales Federales y Jue-

⁸ Constitución Brasileña, artículo 2.

ces Federales, los Tribunales y Jueces del Trabajo, los Tribunales y Jueces Electorales, los Tribunales y Jueces Militares, los Tribunales y Jueces Estaduales y el Distrito Federal y sus territorios.⁹

Su organización básica está determinada por dos diferentes tipos de foros especializados por materia, que son los del trabajo, militares y electorales. Las materias que no estén comprendidas en esas competencias especiales por materia, serán de conocimiento de tribunales de competencia común, los cuales pueden ser o federales o estaduales.¹⁰

El fenómeno de especialización por competencias en Brasil no es novedoso, existen ya competencias diferenciadas en la época colonial desde el siglo XVII, data de esa época una competencia militar especial.¹¹ Por su parte, la competencia electoral encuentra su origen en el año 1932,¹² y la del trabajo, en 1946.¹³

Distinguiendo ya entre tribunales por materia, debemos diferenciar a los tribunales inferiores de justicia, que tienen una competencia territorial acotada, de los tribunales superiores de justicia, que tienen competencia

⁹ *Ibidem*, artículo 92.

¹⁰ A mayor abundamiento, sobre este punto, Theodoro Junior expone con claridad que la justicia federal "En el esquema general del sistema judicial patrio es, en verdad, la de un órgano especial de la justicia ordinaria, o sea, de la Justicia que se encarga de las acciones civiles y criminales, en contraposición a las verdaderas "Justicias especiales", que, como su propio nombre indica, conocen de materias especiales también (electoral, del trabajo, y militar)", en Theodoro Junior, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 51a. ed., Brasil, Editora Forense, vol. I, 2010, p. 171.

¹¹ Así, se reconocían como tribunales y juzgados especializados a las Juntas Militares y Consejos de Guerra para juzgar crímenes militares y crímenes conexos, Juntas de Hacienda para conocer de los asuntos aduaneros, tributarios y fiscales, y las Juntas de Comercio para conocer las cuestiones económicas, y también las de agricultura, navegación, industria y comercio. En Da Silva Martins Filho, Ives Gandra, "Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira", *Revista Jurídica Virtual*, Brasil, Presidência da República Federativa de Brasil, Casa Civil, Subjefatura para Assuntos Jurídicos, vol. 1, núm. 5, de 1999. Disponible en: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm». [Consultado el 7 de febrero de 2013].

¹² "En cuanto a la justicia electoral, que fue estrenada con rango constitucional por la Carta de 1934, anótese que fue instituida por el Decreto No. 21.076, de febrero de 1932, que, en su artículo 5o. ...". Traducción propia. En Mathias, Carlos Fernando, *Notas para uma história do judiciário no Brasil*, Brasil, Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 244.

¹³ Da Silva Martins Filho, Ives Gandra, *op. cit.*

sobre todo el territorio de la república¹⁴ y tienen asiento en la capital federal, que es Brasilia.¹⁵

Los tribunales superiores de justicia de Brasil son el Supremo Tribunal Federal, que es la corte de justicia constitucional y el máximo órgano judicial; el Tribunal Superior de Justicia, que es el tribunal de mayor jerarquía para causas de justicia común; el Tribunal Superior del Trabajo; el Tribunal Superior Electoral; el Tribunal Superior Militar, cada uno de ellos es la máxima jerarquía en sus respectivas materias. Además de ellos, encontramos al Consejo Nacional de Justicia, que es un órgano judicial especializado en el control disciplinario de los jueces y funcionarios judiciales de Brasil.

Los tribunales de menor jerarquía son los Tribunales y Jueces Estaduales; los Tribunales Federales y Jueces Federales, y los Tribunales y Jueces del Trabajo, Electorales, y Militares. Existen cinco Tribunales Regionales Federales¹⁶ que dividen a Brasil en cinco regiones.¹⁷ Por su parte, la justicia estadual se compone de un tribunal estadual por Estado, y bajo ellos encontramos a los jueces del trabajo como primera instancia. De ese mismo modo, la justicia del Trabajo, Electoral, y Militar reconoce tribunales regionales especializados por materia, y bajo ellos, jueces de primera instancia.

La competencia sobre las materias ambientales, tema de este artículo, está radicada en la justicia común, ya sea estadual o federal, pues, por

¹⁴ Constitución Brasileña, artículo 92, § 2.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 92, § 1.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 26 transitorio, § 6.

¹⁷ El tribunal regional de la primera región tiene sede en Brasilia y competencia sobre los territorios de los estados de Acre, Amapá, Amazonas, Bahía, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondonia, Roraima, Tocantins y el Distrito Federal; el tribunal regional de la segunda región tiene asiento en Río de Janeiro, y competencias sobre los estados de Río de Janeiro y Espírito Santo; el tribunal regional de la tercera región tiene asiento en São Paulo, y competencia en los estados de São Paulo y Mato Grosso del Sur; el tribunal regional de la cuarta región, con asiento en Porto Alegre, tiene competencia en los estados de Paraná, Santa Catarina, y Río Grande del Sur, y el tribunal regional de la quinta región, con asiento en Recife, tiene competencia sobre los estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Río Grande del Norte, y Sergipe. Bajo los tribunales regionales, se encuentran los jueces federales.

descarte, las cuestiones ambientales no están incluidas dentro de las competencias especiales. Por ello, entre todos los tribunales superiores de justicia de Brasil, el más relevante para nuestro estudio es el Tribunal Superior de Justicia. Está compuesto por 33 ministros, nombrados por el presidente de la República, un tercio es elegido de los jueces de los Tribunales Regionales Federales; otro tercio, de entre los desembargadores de los tribunales de Justicia, indicados en terna por el mismo Tribunal, y el tercio restante, en partes iguales, de entre abogados y miembros del Ministerio Público Federal, Estadual, del Distrito Federal y sus Territorios.¹⁸ El Tribunal sesiona de cuatro modos: en Sala, en Sección, en Corte Especial y en Pleno. Cada Sala está compuesta por cinco ministros, cada Sección está compuesta por dos salas, la Corte Especial está compuesta por los 15 ministros más antiguos, y el Pleno por la totalidad de sus miembros.¹⁹ De esta forma, el ministro presidente, el ministro vicepresidente, y el ministro que se desempeñe como coordinador general de la Justicia Federal sólo desempeñaran esos cargos y no integrarán ni secciones ni salas.²⁰ Las competencias, en general, están determinadas por secciones. Así, la primera sección, compuesta por la primera y segunda salas, resuelve materias de derecho público; la segunda sección, compuesta por la tercera y cuarta salas, asuntos de derecho privado, y la tercera sección, compuesta por la quinta y sexta salas, resuelve materias de derecho penal, y otras que residualmente no estén tratadas por las otras dos secciones.²¹ Por su parte, la Corte Especial no tiene competencias por materia.²²

Para pronunciarse sobre materias ambientales, en líneas generales, el Tribunal Superior de Justicia puede hacerlo mediante el conocimiento del recurso ordinario,²³ del recurso especial²⁴ y del *agravo* contra la sen-

¹⁸ Constitución Brasileña, artículo 104.

¹⁹ Reglamento Interno, artículo 2.

²⁰ *Ibidem*, artículo 3, parágrafo 1.

²¹ *Ibidem*, artículo 9.

²² *Ibidem*, artículo 8.

²³ Código de Proceso Civil de Brasil, artículo 539, numeral II.

²⁴ Constitución Brasileña, artículo 105, numeral III.

tencia interlocutoria que se pronuncia en el procedimiento de un recurso especial.²⁵ También es relevante, para estos efectos, el recurso de *embargos de divergencia*, de competencia de una sección, en caso de que existan jurisprudencias contradictorias sobre el recurso especial entre las salas, como un medio de uniformar la jurisprudencia interna.²⁶ Estos recursos no constituyen instancia, por lo que el Tribunal Superior de Justicia no puede pronunciarse sobre los hechos en estas causas, sino sólo sobre el derecho aplicado.²⁷ Este punto, necesario de remarcar, es particularmente importante para comprender el papel del Tribunal Superior de Justicia en el cuidado del medio ambiente.

Respecto del conocimiento de fondo de los asuntos ambientales sometidos a su competencia, el Tribunal Superior de Justicia, para efectos de resolver conflictos ambientales, debe dar cumplimiento al deber constitucional consagrado en el artículo 225 de la Constitución de Brasil, que versa:

Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose *al Poder Público* y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las futuras generaciones.²⁸

Del citado texto, se puede concluir que existe un deber estatal de protección del entorno, del cual no puede abstraerse el Poder Judicial de Brasil, por lo que debe desarrollarlo en el ejercicio de la jurisdicción, y particularmente por cada tribunal en el ámbito de su competencia. De este modo, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil debe, resolviendo los recursos que son de su competencia, atender este deber.

²⁵ Código de Proceso Civil de Brasil, artículos 522 a 529. La expresión "*agravo*", en su traducción literal es "agravio". También, dependiendo del sistema de recursos de cada país, puede variar su naturaleza jurídica, asemejándose en casos a un recurso de reposición. Para evitar confusiones, y considerando que es un recurso propio del sistema brasileño, he preferido no traducir esta expresión.

²⁶ *Ibidem*, artículo 496, numeral VIII. También he preferido no traducir esta expresión, que bien puede referirse a diferentes tipos de recurso que apuntan a uniformar precedentes.

²⁷ Tribunal Superior de Justicia. Súmula 7.

²⁸ Constitución Brasileña, artículo 225. Traducción y énfasis propios.

Luego, cabe preguntarse cuáles son las características y rasgos generales de los ecosistemas del Brasil, y si éstas detentan alguna consideración normativa ulterior, con el fin de saber ante qué situaciones fácticas se debe ejecutar este deber de protección. En razón de ello, a continuación explicaré sucintamente la situación ambiental de Brasil.

3. Descripción ambiental de Brasil

Brasil es un país que representa características ambientales especiales. Éstas responden tanto a la particularidad de sus ecosistemas más representativos como a los recursos naturales que en ellos encontramos. La primera consagración normativa de los ecosistemas de Brasil está en la Constitución política, la cual versa, en el artículo 225, parágrafo 4:

*La Selva Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal del Mato Grosso y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará, en la forma indicada por la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, inclusive respecto al uso de los recursos naturales.*²⁹

Así, lo primero que resalta es la existencia de la selva amazónica, la cual, hacia 2013 y a rasgos generales, ocupaba una superficie de 368,989,221 hectáreas, dos quintas partes del territorio de América del Sur y la mitad del territorio de Brasil. La selva amazónica brasileña se ubica en los estados Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondonia, Roraima y una pequeña parte de Maraón, Tocantins y Mato Grosso. Es reconocida como el mayor bosque tropical existente en el planeta, equivalente a un tercio de las reservas forestales tropicales húmedas y como el mayor banco genético del planeta. Además, contiene la quinta parte de la disponibilidad de agua dulce del planeta y un patrimonio mineral todavía no determinado.³⁰

²⁹ Constitución Brasileña, artículo 225, par. 4.

³⁰ República Federativa de Brasil. Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Ecosistemas Brasileños: Amazonia. Disponible en: «<http://www.ibama.gov.br/ecossistemas/amazonia.htm>» [consultado 27/marzo/2013].

Junto a ello, dispone de un gran potencial de generación hidroeléctrica, existiendo en operación 18 centrales generadoras de escala mayor, cinco en construcción, y 64 proyectadas.³¹ Con todo, en 2019 han proliferado, como gran amenaza a la selva amazónica, incendios forestales intencionados con la finalidad de deforestar para fines pecuarios, contabilizándose, al menos, 906,000 hectáreas quemadas en dicho año.³²

La Mata Atlántica, por su parte, es quizás la zona más afectada en el Brasil por desarrollo de actividades antrópicas. Su composición original era un mosaico de vegetaciones definidas como bosques ombrófilos densos, abiertos, y mixtos, bosques estacionales caducos y semicaducos, vegetación de altitud, manglares y restingas. Ocupaba originalmente 1,315,460 kilómetros cuadrados y se extendía por los estados de Río Grande del Sur, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Goiás, Mato Grosso del Sur, Río de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahía, Alagoas, Sergipe, Paraíba, Pernambuco, Río Grande del Norte, Ceará y Piauí. De ella sólo queda 7.91%, albergando en su área original de emplazamiento a 61% de la población brasileña, la cual ha desarrollado, en las últimas décadas, una fuerte explotación silvoagropecuaria destinada a la producción de madera, café, caña de azúcar y carne de res. Junto a ello, es una zona que más sufre los efectos de la industrialización y expansión urbana a causa de la cantidad de habitantes humanos que hay en ella.³³

La Sierra del Mar representa una ecorregión de un largo y continuo bloque montañoso de Mata Atlántica, constituida de distintas especies, incluyendo numerosas endémicas. La vegetación contenida en ella ha sido

³¹ República Federativa de Brasil. Secretaria de Asunto Estratégicos. Atlas del Amazonas. [en línea] «<http://www.sae.gov.br/atlas/>» [consultado 27/marzo/2013].

³² CBS News. (2019, octubre 27). *Brazil's Bolsonaro says he will accept aid to fight Amazon fires*. Disponible en: «<https://www.cbsnews.com/news/amazon-wildfires-brazil-spurns-20-million-aid-offer-from-g-7-nations-today-2019-08-27/>»; G1. (2019, agosto 26). *Governo do PA diz que identificou cerca de 50 envolvidos com queimadas no estado*. Disponible en: «<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/08/26/governo-do-pa-diz-que-identificou-cerca-de-50-envolvidos-com-queimadas-no-pa.ghml>».

³³ S.O.S. Mata Atlántica. La Mata Atlántica. Disponible en: «<http://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>» [consultado 27/marzo/2013].

clasificada en cuatro subtipos: bosque ombrófilo denso, vegetación de tierras bajas, montañosa y submontañosa. En ella se desarrollan actividades forestales y agrícolas,³⁴ además de turismo asociado a la belleza escénica y al escalamiento deportivo.³⁵

El pantanal de Mato Grosso es una de las zonas de humedales de agua dulce más vastas del mundo.³⁶ Situado en el sur del estado de Mato Grosso y el noroeste de Mato Grosso del Sur, corresponde a 140,000 kilómetros cuadrados del territorio brasileño. En él viven alrededor de 32 millones de jacarés, 365 especies de aves, 240 especies de peces, 80 especies de mamíferos y 50 de reptiles.³⁷ De ese total de hectáreas, sólo 1.3% está bajo cuidado mediante áreas protegidas, correspondiendo a 187,818 hectáreas.³⁸ Si bien es un área con una baja intervención en comparación con otras ecorregiones de Brasil, sobre el pantanal se ciernen peligros tales como la expansión de la actividad agropecuaria, expansión de asentamientos humanos, realización de minería y turismo insustentables, y de la utilización de sus recursos hídricos para la generación de energía, interviniendo humedales.³⁹ A mayor abundamiento, en 2020, incendios forestales intencionales han consumido cerca 10% de este gran humedal, y hay desidia de las autoridades en el control de estos eventos.⁴⁰

Respecto a la Zona Costera, está representada principalmente por manglares y restingas. Tradicionalmente, desde una visión antropocéntrica,

³⁴ World Wildlife Found. South America: Along the Atlantic coast of southeastern and southern Brazil. Disponible en: «<http://worldwildlife.org/ecoregions/nt0160>» [consultado 27/marzo/2013].

³⁵ Alta Montanha. Origens e evolução da Serra do Mar. Disponible en: «<http://altamontanha.com/Artigo/1448/origens-e-evolucao-da-serra-do-mar>».

³⁶ «http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=31&rid_site=999» [consultado 27/marzo/2013].

³⁷ Só biologia. Pantanal mato-grossense. Disponible en: «http://www.sobiologia.com.br/conteudos/Ecologia/Ecologia5_2.php». [consultado 27/marzo/2013].

³⁸ UNESCO. World Heritage Center. Pantanal Conservation Area. Disponible en: «http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=31&rid_site=999» [consultado 27/marzo/2013].

³⁹ World Wildlife Found. Pantanal, South America. Disponible en: «http://wwf.panda.org/what_we_do/where_we_work/pantanal/» [consultado 27/marzo/2013].

⁴⁰ NYTimes. (2020, septiembre 4). *Brazil Pantanal Scorched by Fires—The New York Times*. Disponible en: «<https://web.archive.org/web/20200907060447/https://www.nytimes.com/2020/09/04/world/americas/brazil-wetlands-fires-pantanal.html>».

se ha considerado a los manglares áreas improductivas, cuyo aporte al desarrollo es escaso dado que en él habitan insectos transmisores de enfermedades, sin que se tomen en cuenta sus beneficios ambientales gracias al aporte de servicios ecosistémicos que proveen. De tal forma, la mayor amenaza a los manglares y a las restingas sigue siendo la expansión urbana en el litoral de Brasil.⁴¹

Ahora bien, y sin perjuicio del reconocimiento de estos ecosistemas en la Constitución brasileña, existen otros de amplia relevancia y que también sufren de amenazas. Entre ellos, el ecosistema del Cerrado, con una extensión de más de 8,500,000 kilómetros cuadrados, distribuidos aproximadamente entre los paralelos 5 norte al 34 sur, constituyendo una verdadera sabana brasileña, con dos estaciones: una seca y una húmeda, ambas con temperaturas cálidas relativamente homogéneas.⁴² En el corazón de esta área se encuentra el Planalto Central de Brasil. Esta área, rica en biodiversidad, contiene 5% de todas las especies conocidas en el planeta;⁴³ así, por ejemplo, podemos estimar una flora de 3,000 especies; 1,000 de ellas, arbustivas; 2,000, herbáceas subarbustivas.⁴⁴ Del Cerrado sólo están protegidos 296,500 kilómetros cuadrados, abarcando esta protección parte del Distrito Federal y de los estados de Goiás, Tocantins, Maraón y Piauí.⁴⁵

Otro de los ecosistemas no reconocidos expresamente por la Constitución es la Caatinga, que en lengua tupi quiere decir ‘bosque blanco’. Éste es un ecosistema que se extiende en el noreste brasileño, en un área de 73,683,649 hectáreas, 6.83% del territorio del Brasil, emplazándose en espacios de los estados de Bahía, Ceará, Piauí, Pernambuco, Sergipe,

⁴¹ World Wildlife Found. Eastern South America: Eastern Brazil. Disponible en: «<http://worldwildlife.org/ecoregions/nt0102>» [consultado 27/marzo/2013].

⁴² Magno Coutinho, Leopoldo. Cerrado. Aspectos do Cerrado. Disponible en: «http://eco.ib.usp.br/cerrado/aspectos_conservacao.htm» [consultado 27/marzo/2013].

⁴³ World Wildlife Found. Cerrado. Disponible en: «http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/cerrado/» [consultado 27/marzo/2013].

⁴⁴ Magno Coutinho, Leopoldo, *op. cit.*

⁴⁵ World Wildlife Foundation, *op. cit.*

Alagoas y Minas Gerais. Su flora está compuesta principalmente por formaciones xerófitas, y su fauna, por reptiles. Este ecosistema ha sufrido en alrededor de 80% de extensión de la intervención antrópica, la cual ocurre desde la era colonial. Las mayores amenazas que sufre son la sustitución de especies nativas por exóticas o por vegetación para forraje, practicándose aún la deforestación por quema.⁴⁶

En general, podemos concluir que, pese al reconocimiento constitucional de algunas de las ecorregiones de Brasil, el texto de la Carta Fundamental no las incluye a todas. Por otro lado, las amenazas por la acción antrópica son relativamente similares en todos los ecosistemas, y están asociadas a la explotación silvoagropecuaria, y a la expansión de asentamientos humanos. En ese sentido, el cambio paulatino de la acción humana, desde una perspectiva de lucha contra la naturaleza a protección de la misma, se ha visto reflejado en el desarrollo de la normativa ambiental brasileña. A continuación, explicaré brevemente dicha evolución.

4. Descripción de la evolución normativa ambiental brasileña

En Brasil, la evolución de la normativa ambiental responde a tres momentos, determinados por la visión del ser humano en relación con la naturaleza. En un primer momento, desde la conquista y ocupación de la costa por parte de los portugueses, el territorio parecía ofrecer recursos ilimitados, los cuales deberían ser aprovechados a cabalidad para satisfacer la demanda de Europa.⁴⁷ De esta forma, la conquista no se entendió sólo como una dominación del hombre civilizado al hombre no civili-

⁴⁶ República Federativa de Brasil. Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Ecosistemas Brasileños: Caatinga. Disponible en: «<http://www.ibama.gov.br/ecossistemas/caatinga.htm>» [consultado 27/marzo/2013].

⁴⁷ En este sentido: Herman Benjamin, Antonio, "Introdução ao direito ambiental brasileiro", *Revista de Direito Ambiental*, Brasil, Editora dos Tribunais, núm. 4, vol. 14, 1999, pp. 50-51, y Bryner, Nicholas, "Brazil's Green Court: Environmental Law in the 'Superior Tribunal de Justiça' (High Court of Brazil)", *Pace Environmental Law Review*, Estados Unidos, vol. 29, 2012, p. 8. Disponible en: «<http://digitalcommons.pace.edu/pelr/>» [Consultado el 21/marzo 2013].

zados, sino del hombre en su conjunto sobre la naturaleza, medio amorfo e indómito, para darle orden y aprovecharlo en calidad de amo y señor. En esta fase, comenzó principalmente la explotación de las costas y de la Mata Atlántica, sumándose con posterioridad la explotación de la Caatinga y del Cerrado gracias a exploraciones al interior. Ya en el siglo XIX y parte del XX, la selva amazónica comenzó a sufrir los rigores de la explotación humana, principalmente por causa de la explotación del caucho. Así, esta primera época se caracteriza por una casi total desregulación, asumiendo un escenario de recursos que están muy cerca de la infinitud.

Con el devenir del tiempo, los recursos que parecían infinitos ya no lo eran. La presión humana sobre los mismos comenzó a aumentar conforme creció la población de Brasil y del mundo. Igualmente, los problemas sobre la propiedad de los mismos y los conflictos asociados a su agotamiento requirieron que los recursos naturales fueran regulados para evitar su explotación desmedida. De esta manera, comenzó la regulación sectorial, con una doble finalidad: por un lado, conseguir un aprovechamiento más racional, con miras al desarrollo, y, por otro, evitar su agotamiento mediante la sobreexplotación. En este periodo no había cuestionamientos mayores sobre el devenir del entorno ni sobre las posibles incongruencias o conflictos entre regulaciones sectoriales, pues el enfoque era productivista. De esta época destacan las siguientes regulaciones sectoriales: Código Forestal de 1965; Código de Caza, Código de Pesca, y de Minería, todos de 1967; Ley de Responsabilidad por Daños Nucleares de 1977; Ley de Zonificación de las Áreas de Contaminación Crítica de 1980, y Ley de Agrotóxicos de 1989.⁴⁸

La última fase corresponde al tratamiento integral de la cuestión ambiental, y no por sectores productivos. Esta fase, si bien sigue siendo fundamentalmente antropocéntrica, comienza una regulación del medio ambiente como un todo, e intenta la interrelación armónica de las normativas sectoriales para que no tengan conflictos entre ellas al momento de

⁴⁸ Herman Benjamin, Antonio, *op. cit.*, p. 51.

su aplicación. El fundamento tras esta época es la toma de conciencia, tanto del gobierno como de la sociedad civil, de que la regulación sectorial con fines puramente productivos no es suficiente, dada la necesidad de un entorno equilibrado, sustento de la vida humana. La regulación sectorial por sí sola no soluciona los conflictos entre sectores productivos ni las mermas que la explotación de un recurso puede generar en otra actividad, ni en la vida de las personas.⁴⁹

En esta fase, por primera vez, se considera de manera consistente al entorno como un bien jurídico que debe ser protegido por el derecho. De esta época data la política del medio ambiente de 1981, la que introdujo avances tales como la responsabilidad civil objetiva en materia ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental, además de principios, objetivos e instrumentos básicos en materia normativo-ambiental. También, y como culminación, en 1988 es dictada la nueva Constitución de la República, que contiene el ya mencionado artículo 225.⁵⁰

Así, y para cerrar esta parte introductoria, podemos aseverar que la situación ambiental del Brasil está determinada por una rica diversidad biológica, la que es, en los hechos, una de las más relevantes del planeta. Las amenazas antrópicas más fuertes que se ejercen sobre estos ecosistemas biodiversos son: la expansión urbana, la modificación de terrenos para expandir la actividad silvoagropecuaria, y, particularmente en 2019 y 2020, los incendios forestales en la selva amazónica y en el pantanal. En este contexto, la evolución de la normativa ambiental brasileña ha intentado hacerse cargo de la cuestión ambiental, primero desde un modelo netamente sectorial y productivista, para pasar luego a un modelo integral y sustentable, ambos, sin embargo, en el marco del antropocentrismo. En la aplicación del derecho, de entre los tribunales superiores de justicia la competencia para conocer de las cuestiones ambientales es el

⁴⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁵⁰ *Idem*.

Tribunal Superior de Justicia, pudiendo, conforme al sistema de recursos de Brasil, pronunciarse sobre los conflictos ambientales de relevancia jurídica. Sin embargo, no le cabe pronunciarse sobre los hechos, por regla general, pues esos recursos no constituyen instancia y sirven para discutir puntos de derecho. En ese orden de cosas, y bajo un sistema de recursos principalmente dispositivo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha intentado innovar y dar pasos más allá. En la próximas secciones, estudiaremos cómo ha intentado hacerlo, revisando diversos aspectos destacados en la jurisprudencia: función ecológica de la propiedad; protección de vida silvestre; recursos hídricos; contaminación; no indemnización de las limitaciones administrativas por causa ambiental; aspectos urbanísticos; acción popular pública y acción civil pública; daño ambiental; sistema de evaluación de impacto ambiental, y temporalidad de los derechos ambientales en el patrimonio.

5. Función ecológica de la propiedad

Es posible aseverar que el principal fundamento de la jurisprudencia de principios de derecho ambiental, desarrollada por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil, es la función ecológica de la propiedad. Según ella, la interpretación de normas jurídicas ambientales debe considerar la solidaridad intergeneracional propia del desarrollo sustentable, pensando en las generaciones venideras. De este modo, la interpretación no sólo debe enfocarse en proteger a los titulares de derechos fundamentales que existen, o que se espera que existan de forma individual, sino que repara en un conjunto de titulares de derechos fundamentales, considerados colectivamente, que habitarán en el mismo entorno que hoy debemos cuidar para que la calidad de vida de ellos fuere, por lo menos, igual a la que hoy disfrutamos.

Para estos efectos, podemos citar el recurso especial No. 948.921. En este caso, la parte recurrente pretende que no se le apliquen las normas del Código Forestal sobre reforestación de cobertura boscosa en un terreno que compró, pese a estar este terreno calificado como área de protección

permanente según el Código Forestal brasileño. La razón otorgada por ésta es que, malamente, se le puede dar una destinación distinta a un terreno que, *de facto* e históricamente, ha tenido vocación para la caña de azúcar, y que la recurrente adquirió sin cobertura forestal alguna. Contrariando esta tesis de hechos consumados, el voto del Ministro Herman Benjamin señala que

Las áreas de protección permanente y la reserva legal dan cuerpo y concretan la *función ecológica de la propiedad*... Se presentan como imposiciones genéricas, provenientes directamente de la ley. Son, por causa de ese enfoque, presupuestos intrínsecos o límites internos del derecho de propiedad y de la posesión. Consecuencialmente, *las obligaciones de ahí derivadas tienen una clara naturaleza propter rem* (en razón de la cosa), esto es, se adhieren al titular del derecho real y acompañan a los nuevos propietarios y poseedores hasta el infinito, independientemente de su manifestación de voluntad, expresa o tácita.⁵¹

A mayor abundamiento, el sumario de la sentencia señala que

*Décadas de uso ilícito de la propiedad rural no dan salvoconducto al propietario o poseedor para que continúe ejecutando actos prohibidos o tornan legales prácticas prohibidas por el legislador, sobre todo en el ámbito de los derechos indisponibles, que todos aprovechan, incluso generaciones futuras, como es el caso de la protección del medio ambiente.*⁵²

El razonamiento que existe en este fallo es de suyo interesante, reconociendo una función ecológica de la propiedad en expresa reseña y en consideración de las futuras generaciones, haciendo eco del concepto de desarrollo sustentable en la aplicación e interpretación concreta de normas ambientales, y en este caso en particular, del Código Forestal de 1965.

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 948.921 de 2005, p. 10.

⁵² *Idem*.

Así, la obligación de recuperar la masa boscosa perdida se traduce en una interpretación que atribuye a ese deber un carácter de obligación *propter rem* al propietario, en consideración de titulares de un derecho que se espera que existan, considerados colectivamente.

Igualmente, y también en referencia al Código Forestal de 1965, en el recurso especial No. 1.240.122 de 2011, el voto del Ministro Herman Benjamin, asevera de forma contundente que

Específicamente, al respecto de la flora, el propio Código Forestal de 1965 se encarga de decir que ‘los bosques existentes en el territorio nacional y las demás formas de vegetación, reconocidas con utilidad que revisten para la tierra, *son bienes de interés común a todos los habitantes del país*, ejerciéndose los derechos de propiedad con las limitaciones que la legislación general y especial de este país establecen’ (artículo 1o., encabezado). *Ahí está uno de los ejemplos más expresivos de la densificación, en el ordenamiento jurídico brasileño, de la función ecológica de la propiedad y del principio de la solidaridad intra e intergeneracional.*⁵³

En el argumento, a propósito de las disposiciones del Código Forestal y de las obligaciones que impone, la función ecológica de la propiedad desarrolla el principio de solidaridad intergeneracional.

Esta limitación tiene un fundamento constitucional explícito en la Constitución brasileña de 1988. En ese sentido, la Ministra Calmon, en los embargos de divergencia sobre el recurso especial No. 628.588, asevera que:

Es consabido que en el campo del Derecho Constitucional no hay más lugar para hablar [del derecho de propiedad], en sentido

⁵³ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.240.122 de 2011, p 12. También se ha reconocido la limitación de la propiedad a propósito de la prohibición y comercialización de especies protegidas. Enfático fue así el voto del Ministro Martins en Tribunal Superior de Justicia. Agravo Regimental sobre el recurso especial No. 1.183.279 de 2013, pp. 17-18.

absoluto, ya que, según el principio de razonabilidad, los derechos previstos en la Carta Magna encuentran su fundamento y su límite en el propio texto constitucional... Así, se observa que el derecho de propiedad estará garantizado, desde que la propiedad cumpla su función social, definida por el artículo 186 de la Constitución Federal de 1988 de la siguiente forma: *la función social es cumplida cuando la propiedad rural atiende*, simultáneamente, según los criterios y grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos... II) *utilización adecuada de los recursos naturales disponibles para la preservación del medio ambiente*... [También el] artículo 225: Todos tienen derecho al *medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común* del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las futuras generaciones.⁵⁴

Esta tendencia jurisprudencial se ha venido consolidando de 2013 a la fecha, a propósito de los *embargos de declaración*⁵⁵ No. 1.223.092 de 2013, con el voto del Ministro vencedor de Castro Meira ha reconocido explícitamente la función socioambiental de la propiedad, añadiendo además un enfoque precautorio para la toma de decisiones que puedan afectar derechos socioambientales.⁵⁶ También en el recurso especial No. 1.381.191 de 2016, a propósito de una tala no compensada en un área de protección permanente en propiedad privada, intentando acogerse a las compensaciones del artículo 68 del nuevo Código Forestal de Brasil de 2012, se reconoció la función ecológica de la propiedad y la obligación *propter rem* de cuidado del patrimonio ambiental.⁵⁷ En un sentido similar, la

⁵⁴ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de divergencia en el recurso especial No. 628.588 de 2005, pp. 6-7.

⁵⁵ En el sistema jurídico brasileño, este medio de impugnación opera para la aclaración, rectificación o enmienda de las resoluciones judiciales, y está establecido en la Ley No. 9.099 de 1.995 sobre juzgados especiales civiles, criminales y de otras providencias, en el artículo 48. He decidido no traducir esa expresión.

⁵⁶ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de Declaración No. 1.223.092 de 2013, pp. 6-7. Este fallo es particularmente relevante, porque además reconoce la función social de la propiedad y la precaución.

⁵⁷ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.381.191 de 2016. pp. 1-3.

sentencia del recurso especial 1.732.700 de 2018, refiriéndose a la prohibición de edificación, de un particular, sobre mangales de preservación permanente, usa en su argumentación la función ecológica de la propiedad, en este caso, entendiendo este espacio de borde costero como bien nacional de uso público.⁵⁸

De esta forma, la función ecológica de la propiedad encuentra su fundamento elemental en los artículos 186 y 225 de la Constitución brasileña. Desde esa cobertura constitucional, interpretativamente se construye ésta, que abarca no sólo a los sujetos que existen, sino a los que se espera que existan colectivamente considerados. Esa visión prospectiva está determinada, justamente, por un principio jurídico del derecho ambiental: la solidaridad intergeneracional. De esta forma, se puede concluir que la jurisprudencia ambiental del Tribunal Superior de Justicia innova en la consideración colectiva de los sujetos que están por existir, tradicionalmente considerados individualmente a propósito de figuras como las obligaciones sujetas a la condición de que exista un sujeto en derecho civil, o en el delito de aborto en materia penal. Esa consideración tiene como correlato concreto las obligaciones del Código Forestal de 1965, caracterizadas como *propter rem*.

6. Protección de vida silvestre

El deber de protección del artículo 225 de la Constitución tiene otras consecuencias en la interpretación de normas ambientales. Respecto de la vida silvestre, es particularmente significativo denotar que se ha desarrollado un principio de integridad, en el que la protección no es respecto de una forma de vida en particular, sino que es una protección integral, que procura proteger el entorno por completo, y no sólo a una especie o población determinada.

Un buen ejemplo en la jurisprudencia, sobre las características de integridad y protección diferenciada de otros derechos, la encontramos en el

⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.732.700 de 2018. pp. 18-19.

recurso especial No. 650.728 de 2003. En esta sentencia, la parte recurrente intentó introducir nuevos medios probatorios, fuera de la oportunidad procesal correspondiente, por causa de haber depositado residuos en un manglar de modo ilícito, creando una hipótesis de daño ambiental. En esta causa, el tribunal desechó la petición del recurrente en atención a que los hechos que pretendía probar no eran nuevos, y de paso se pronunció sobre la importancia de cuidar la vida silvestre de los manglares. Al respecto, consta en el voto del Ministro Herman Benjamin.

Acabar con los manglares, sobre todo en periodos de epidemias, era un favor otorgado a los particulares y un deber del Estado, percepción incorporada simultáneamente en el sentimiento del pueblo y de las leyes sanitarias creadas en varios niveles del Gobierno. Bajo el dominio de ese espíritu, el adversario del manglar se convertía en benefactor-modernizador, era incentivado por la Administración y contaba con la venia del Estado... Destruir manglares se establecía, entonces, como una recuperación y cura de una anomalía de la naturaleza... Resultado de la evolución del conocimiento científico y de cambios en la postura ética del ser humano frente a la Naturaleza, actualmente se reconocen a los manglares varias funciones: a) *ecológicas, como lecho marino, pieza central en los procesos reproductivos de un gran número de especies, filtro biológico que retiene nutrientes, sedimentos y hasta contaminantes, zona de amortiguamiento de tempestades y barrera con la erosión costera*; b) *económicas* (fuente de alimento y de actividades tradicionales, como la pesca artesanal); c) *sociales* (ambiente vital para poblaciones tradiciones, cuya sobrevivencia depende de la explotación de crustáceos, moluscos y peces ya existentes).⁵⁹

Como se puede leer del texto, es un fallo interesante, en el sentido de que además de reconocer el valor de la vida silvestre reconoce el valor del ecosistema completo, las interacciones de sus componentes y servicios ambientales que brinda, ampliando la lógica tradicional de protección

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 650.728 de 2003, p. 11

de la vida silvestre de cautelar especies individualmente consideradas. También se verifica un giro en el valor de los ecosistemas que no son considerados popularmente como relevantes o "estándares" de mejoras ambientales. Muy por el contrario, los manglares, tal como lo asevera el fragmento, son tradicionalmente considerados focos infecciosos e improductivos. También resulta interesante que explícitamente reconoce servicios ecosistémicos en razón de las funciones que prestan los manglares en el literal *a* del fragmento citado.

Respecto al deber constitucional del artículo 225 de la Constitución brasileña, la protección de la vida silvestre tiene un alcance amplio. En la misma sentencia, el Ministro Herman Benjamin en su voto asevera que

*El juez no crea obligaciones de protección del medio ambiente. Ellas emanan de la ley, después de haber pasado por el cedazo del Poder Legislativo. De ahí que no necesitemos de jueces activistas, pues el activismo es de la ley y del texto constitucional. Al contrario de otros países, nuestro Poder Judicial no está sumido en un océano de lagunas o en un festival de términos legales a medias. Si la laguna existe, no es por falta de ley, ni tampoco por defecto de la ley; es por ausencia o deficiencia de la implementación administrativa y judicial de los inequívocos deberes ambientales establecidos por el legislador.*⁶⁰

La argumentación seguida es de un tenor tal que el deber de protección del medio ambiente tiene un alcance total a todos los poderes y funciones del Estado, sin que nadie pueda abstraerse de éste, configurando a partir del 225 de la Constitución brasileña la posibilidad de intervenir en este tipo de decisiones en favor de la protección de un ecosistema. Además de eso, si consideramos a los manglares parte de las zonas costeras, conforme al artículo 225, parágrafo 4, son patrimonio nacional de Brasil.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

También se ha reconocido otro servicio ecosistémico de los bosques en otro precedente, a saber, la protección de cuencas hidrológicas. En el recurso especial No. 176.753 de 2009 se discute sobre el alcance de la protección de los bosques de galerías, esto es, aquellos que son aledaños a la ribera de un curso de agua, a propósito del Código Forestal de 1965. En el caso en cuestión, en la prefectura de Joinville, estado de Santa Catarina, el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de Recursos Naturales (IBAMA), autorizó un proyecto que implicaba la deforestación de bosques y vegetación de galerías en pequeños cursos de agua, los cuales se encuentran ubicados dentro de un área de protección permanente. En la prohibición de tala del Código Forestal de 1965, contenida en su artículo 2, no se distingue si la prohibición afecta o no a vegetación de galería en cursos de agua, ya fueren menores o mayores. Ante esta duda interpretativa, el voto del Ministro Benjamin es del siguiente tenor:

La Constitución Federal ampara los procesos ecológicos esenciales, entre ellos las áreas de preservación permanente de bosques en galería. *Su esencialidad deviene de las funciones ecológicas que desempeñan, sobre todo en la conservación del suelo y de las aguas.* Entre ellas cabe citar: a) la protección de la disponibilidad y calidad de agua, facilitando tanto su infiltración y almacenamiento en la napa freática, como al salvaguardar la integridad físico-química de los cuerpos de agua desde la desembocadura hasta la naciente, como tapón y filtro, y por sobre todo por dificultar la erosión y la sedimentación y por retener contaminantes y detritos, y b) manutención del hábitat para la fauna y la formación de corredores biológicos, cada vez más valiosos de cara a la fragmentación del territorio aledaño a la ocupación humana. *Es un hecho incontrovertido que hubo canalización y supresión de bosque en galería de los arroyos que cruzan el área, sin que para esos efectos se demostrase la utilidad pública o interés social, lo que en tesis sería posible que la Prefectura hiciera, considerando la naturaleza de la obra en cuestión.*⁶¹

⁶¹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 176.753 de 2008. pp. 6-7.

Ante esto, el voto recalca la importancia de cuidar de los bosques de galería en razón de su función ecosistémica, en los siguientes términos:

*La protección legal como Área de Preservación Permanente de Bosque de Galería se entiende no sólo de los márgenes de los "ríos" sino también de las que se encuentran a lo largo de cualquier "curso de agua" (Código Forestal, art. 2o., "a"), ahí incluidos los riachuelos, arroyos, hilos de agua, pantanos y vegas, lagos, represas, en fin, todo el complejo mosaico hidrológico que compone la cuenca. El régimen jurídico de las áreas de preservación permanente de bosques de galería es universal, en el doble sentido de ser aplicable a la totalidad de los cursos de agua existentes en el territorio nacional, independientemente de su flujo de agua o de sus características hidrológicas, y de la incidencia tanto en las riberas como en la cobertura vegetal... Al juez no le cabe alejar la exigencia legal de respecto a la mantención del bosque de galería, bajo el argumento de que se está simplemente ante un "hilo de agua", raciocinio que, llevado a sus últimas consecuencias, acabaría por impedir también la tutela de las nacientes y múltiples afluentes, incluso los menores y más tenues, cuya estrechez no reduce su esencialidad en la mantención de la integridad del sistema como un todo. Por eso, ha de ser refutada la posibilidad de supresión de los bosques de galería emplazados a lo largo del curso de agua.*⁶²

Si bien en este precedente no se trata literalmente la protección de cuencas hidrográficas como un servicio ecosistémico, sabemos que es uno de los cuatro más destacados, junto a la captura de carbono, la protección de biodiversidad y la belleza escénica.⁶³ Este fallo es de suyo relevante, al señalar como objeto de protección no sólo bienes particularmente considerados, sino también procesos ecológicos, reforzando el carácter dinámico del medio ambiente como bien jurídico protegido.

⁶² *Ibidem*. pp. 9-10.

⁶³ Wunder, Sven, "Pagos por servicios ambientales: Principios básicos esenciales", CIFOR, Indonesia, Ocasional Paper, núm. 42, 2006, p. 2. Disponible en: «http://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42S.pdf». [Consultado el 6/mayo/2013].

De esta forma, y según el ejemplo de la sentencia, podemos aseverar que la vida silvestre tiene una protección diferenciada, bajo un fundamento ético ecológico especial; es considerada íntegramente desde un enfoque ecosistémico, y considera los servicios ecosistémicos un elemento relevante, tanto para la preservación del ecosistema como para la mejoría de la vida de los seres humanos.

Por otra parte, es digno de destacar que áreas boscosas urbanas también han sido protegidas por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. Por ejemplo, podemos revisar el *agravo regimental*⁶⁴ sobre el recurso especial No. 664.886 de 2012, en el estado de Santa Catarina, en el municipio de Camboriú, en el cual se pretendía emplazar un supermercado sobre un bosque urbano, no habiendo suficiente regulación municipal al respecto para protegerlo. Así, el voto divergente y vencedor del Ministro Benjamin hizo referencia a las normas comunes y generales:

Según lo dispuesto en el artículo 2o. [del Código Forestal de 1965] se considerarán áreas preservación permanente, por el solo efecto de esta Ley, los bosques y demás formas de vegetación natural situadas: a) a lo largo de ríos o de cualquier curso de agua desde su nivel más alto en faja marginal cuyo ancho mínimo será de [...] Parágrafo único: En el caso de las áreas urbanas, así entendidas las comprendidas en los perímetros urbanos definidos por la ley municipal, y en las regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas, en todo el territorio abarcado, observándose lo dispuesto en los respectivos planos reguladores y leyes de uso de suelo, respetando los principios límites a que se refiere este artículo [...] Como se nota, *el dispositivo del Código Forestal es expreso al determinar que, incluso en las áreas urbanas, deben ser respetados los principios y límites a que se refiere este artículo*. Pero, aunque tal referencia legal inequívoca no exista en el texto legal, seguramente toda la legislación ambiental federal se aplica en los Estados y

⁶⁴ Este tipo de "agravo" se interpone, por regla general, ante una resolución que infringe el reglamento interno del Tribunal. He mantenido esta expresión en su versión portuguesa original.

Municipalidades, pues no hay "inmueble" o "propiedad" (la base territorial de la ley) que no se inserte en el dominio de uno o más municipios.⁶⁵

De esta forma, pese a las posibles insuficiencias o contradicciones de la normativa municipal respecto de la federal, deberá prevalecer esta última. Esto, en el caso particular, fue el argumento para permitir la protección de un bosque urbano, como se ha leído.

7. Recursos hídricos

Es interesante señalar que en el derecho brasileño las aguas son consideradas simultáneamente recursos de dominio público por una parte y recursos ambientales. Esta doble consideración tiene efectos jurídicos en la interpretación de las normas relacionadas sobre recursos hídricos, siendo dos: primero, que no son susceptibles de apropiación, y, segundo, que la interpretación de estas normas debe considerar, además de las vicisitudes sectoriales, elementos ambientales para su interpretación.

Respecto del carácter de dominio público, podemos revisar la sentencia del recurso especial No. 1.184.624. En este fallo, se discute la posible apropiación de una franja ribereña del río Tieté en el estado de São Paulo, dada la ocupación que han ejercido unos particulares, reclamando un justo título de dominio previa inscripción registral de los inmuebles. El Tribunal de Justicia de São Paulo, que es el tribunal de instancia, ha fallado en favor de los particulares, pero el municipio de São Paulo, ha recurrido contra la sentencia, aduciendo la tesis de que las aguas, los cauces y las riberas son de dominio público. El Ministro Herman Benjamin, en su voto, ha señalado que

No podría un particular adquirir [la propiedad sobre las riberas de un río], ni ser objeto de privatización administrativa o judicial.

⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia. Agravo regimental sobre el recurso especial No. 664.886 de 2012, p. 32.

Cualquier manifestación que abrigue tal pretensión es un acto inexistente, tanto respecto del registro inmobiliario de una franja de mar o de un predio en la luna. Tal adquisición sería un negocio con un objeto legalmente imposible... Por consiguiente, sólo existe una interpretación del encabezado del artículo 11 del Código de Aguas [...] Que teóricamente se concilia con el sistema constitucional actual y con la Ley de la Política Nacional de Recursos Hídricos (Ley 9.433 de 1997): *el "título legítimo" en favor del particular, se alejaría del dominio público pleno del Poder Público.*⁶⁶

De lo expuesto, podemos determinar que las aguas, los cauces y riberas en Brasil son de dominio público, y por ende no podría operar una desappropriación de los mismos en favor del Estado, siendo aquel acto carente de valor. Así, dado el carácter de bien público que se atribuye, es de interés del Poder Público el resguardo del debido uso de estos bienes.

Respecto del valor ambiental de las aguas, y de su interpretación armónica con las normas ambientales, podemos revisar el recurso especial No. 994.120. En este caso, se ventila la posibilidad que tiene un municipio de fiscalizar la creación y explotación de pozos artesianos sin la debida autorización administrativa, o si debe ser competencia dicha fiscalización de otro organismo competente. En este caso, el municipio de Erechim en el estado de Río Grande del Sur cegó un pozo artesiano que no contaba con los debidos permisos administrativos. El tribunal de instancia determinó que los permisos son de competencia de la administración federal, y no de la local. Ante ello, el voto del Ministro Herman Benjamin asevera que

Es evidente que la perforación indiscriminada y desordenada de pozos artesianos tiene impacto directo en el medio ambiente y en la disponibilidad de recursos hídricos para el resto de la población, de hoy y de mañana [...] Es bueno recordar que *las aguas*

⁶⁶ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.184.624 de 2010, pp. 7-8.

subterráneas son recursos ambientales por disposición legal expresa (Ley 6.938 de 1981) Art. 3o. [...] La ley 9.433 de 1997 [Ley de la Política de Recursos Hídricos] se apoya en una serie de Principios fundamentales, cabiendo citar, entro los que inciden directamente en este litigio, el *principio del dominio público* (el agua, dispone la ley expresamente, es un bien de dominio público), el *principio de la finitud* (el agua es un recurso natural limitado) y el principio de la *gestión descentralizada y democrática* [...] Por tanto, la *adecuada interpretación de la Ley de la Política Nacional de Recursos Hídricos, en diálogo de las fuentes con la Ley de la Política Nacional de Medio Ambiente*, el Municipio tiene competencia para fiscalizar la exploración de aguas subterráneas.⁶⁷

Del fallo se colige que los recursos hídricos, pese a tener una normativa especial y sectorial, ésta debe ser interpretada de modo armónico con la normativa ambiental, no pudiendo haber primacía de la norma sectorial por sobre la norma ambiental aduciendo un argumento de *lex specialis derogat legi generali*. Por lo mismo, como el deber de protección estatal recae sobre todos los órganos del Estado, ninguno podría abstenerse de actuar en favor del entorno.

Finalmente, la intervención del Poder Judicial en materia de recursos hídricos, pese a esta doble consideración de bien de dominio público y bien ambientalmente protegido, está limitada a la revisión de las decisiones de los otros órganos del poder público, y no a reemplazarlos. Por ejemplo, en el recurso de amparo⁶⁸ No. 20.765, el recurrente pretendía que el tribunal de instancia acogiera su petición y se le otorgara una concesión de explotación de recursos hídricos, la cual no le fue otorgada por el Poder Público, conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 9.433 de 1997 que estatuye la Política Nacional de Recursos Hídricos. En este sentido, el Tribunal, según el voto de la Ministra Eliana Calmon, aseveró que

⁶⁷ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 994.120 de 2007, pp. 8-9.

⁶⁸ Ésta no es una traducción literal del portugués. En el original es "*mandado de segurança*", un dispositivo procesal configurado para el amparo de derechos en un procedimiento de urgencia.

*La concesión no puede ser otorgada por el Poder Judicial, en sede del recurso de amparo, pues, en los términos del artículo 14 de la citada Ley, la competencia de tal acto es atribuida exclusivamente a la autoridad del Poder Ejecutivo Federal, Estatal, o Distrital. Además, los requisitos para esa concesión no pueden ser cotejados en esta sede procesal, lo que siquiera admite un término de prueba.*⁶⁹

La importancia de esta resolución respecto de la gestión de recursos hídricos es que, sin perjuicio del deber constitucional del artículo 225 de la Constitución de la República de Brasil, el Poder Judicial respeta la separación de poderes y la respectiva división de funciones. De este modo, el límite del ejercicio de dicho deber de protección del entorno se encuentra en el respeto de las funciones de la Administración, lo que, conforme al fallo estudiado con antelación, no quiere decir que ésta no pueda ser revisada por el Poder Judicial. Dicho en términos más simples: la posibilidad de revisión judicial de una función pública no implica la sustitución de esa función pública.

Así, el papel del Tribunal Superior de Justicia en la protección de los recursos hídricos obedece a una doble consideración: a que sea un bien de dominio público y a que sea un bien ambientalmente relevante. Igualmente, el Poder Judicial, en el ejercicio del deber de protección de las aguas, no puede reemplazar al papel de la administración sectorial del recurso, sin perjuicio de la ya estudiada revisión judicial.

Cabe adicionar que más recientemente, en el recurso especial No. 1.787.748 de 2020, el Ministro Herman Benjamin, a propósito de la impugnación de una sentencia condenatoria por daño ambiental, la cual condena al municipio de Caxias do Sul a reparar los daños hechos a un humedal, también se reconoce íntegramente la protección a los humedales y a los servicios ecosistémicos de provisión de agua que propor-

⁶⁹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso de amparo No. 20.765 de 2005, p. 1.

cionan. Aún más, reconoce, desde elementos ilustrativos de la Convención de Ramsar de 1971, que todos los humedales detentan estas funciones ecológicas, sin perjuicios de estar categorizados o no en el listado de la convención.⁷⁰ En ese sentido, al menos, podemos afirmar que las consideraciones sobre el dominio público y la relevancia ambiental se continúan ratificando en la protección de los recursos hídricos.

8. Contaminación

Respecto a la contaminación, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia la ha tratado como un interés difuso, sin importar si necesariamente responde a un concepto normativo, determinado en normas ambientales, las cuales deben ser sobrepasadas. Por ejemplo, respecto a la contaminación como un concepto normativo, en el *agravo* sobre el recurso especial de 2004, en el voto del Ministro Franciulli Netto se reconoce a la contaminación un explícito carácter normativo, en referencia a una norma ambiental, y un carácter de interés difuso. A saber:

La ley No. 6.938 de 1981 de la política nacional de medio ambiente, establece, en su artículo 3o., los conceptos de medio ambiente y contaminación, in verbis: I – Medio ambiente: [es] el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden física, química, y biológica, que permite, abriga, y rige la vida en todas sus formas... III Contaminación, la degradación de la calidad ambiental resultante de actividades que directa o indirectamente... d) afecten las condiciones estéticas o sanitarias del medio ambiente; lancen elementos o energía en disconformidad con los padrones ambientales establecidos"... La ley 6.803 de 1980, artículo 9o., inciso I, prevé como causa de la contaminación la emisión de ruidos, sobre zonificación en las áreas críticas de contaminación... En la presente hipótesis, el Municipio de São Paulo, por medio de la Ley Municipal No. 3551 de 1968 y del instructivo No. 01 de 1990, de la CONAMA, autorizó

⁷⁰ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.787.748 de 2020, p. 6.

la emisión del sonido dentro de los límites previstos, hasta 50 decibeles... *No cabe duda que la contaminación sonora puede causar la degradación del medio ambiente.* Además, "una de las características de la contaminación es *afectar a varias personas, que, en la mayoría de las veces, son indeterminadas* (Manchado, Paulo Affonso Leme, *Derecho Ambiental Brasileño*, 10a. edición revisada, actualizada, y ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 620).⁷¹

En el voto del Ministro Franciulli Netto está claro que la contaminación acústica está determinada por un parámetro normativo de 50 decibeles, esto es, existe claramente una limitación que, una vez sobrepasada, significa contaminación en términos jurídicos en razón de un interés difuso que se debe resguardar.

En el mismo sentido, y dando un paso más allá, el Ministro Herman Benjamin, en votación divergente y que fue mayoritaria en el recurso especial No. 1.051.306, ante la impugnación efectuada por una empresa que emitía contaminación acústica en desmedro de los moradores que circundaban la fuente de emisión, señala que

El sonido es energía en circulación. *Si sobrepasa los límites máximos fijados por el legislador o por la administración, se transforma en contaminación.* Y si es contaminación, se verifica la legitimación del Ministerio Público in re ipsa... *No es porque vivimos en centros urbanos bulliciosos que vamos a perder, por inacción, el derecho al silencio, garantizado doblemente por la Constitución de 1998, no sólo como un componente inseparable del "medio ambiente ecológicamente equilibrado", considerado como un bien "esencial para la sana calidad de vida" (encabezado del artículo 225), sino que también por constituir una derivación del propio derecho a la salud, que incluye la "reducción del riesgo de enfermedades y otros agravios" (artículo 196).*⁷²

⁷¹ Tribunal Superior de Justicia. Agravo en el recurso especial No. 170.958 de 2004, pp. 7-8.

⁷² Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.051.306 de 2010, p. 11.

En el caso en comento, además de reconocer explícitamente el límite normativo, señala que se vulnera el llamado "derecho al silencio", que es tanto un derecho socioambiental como un derecho a la salud. Esta construcción, de suyo interesante, llama la atención por ser una consecuencia mixta de dos derechos fundamentales.

Sin embargo, la contaminación no necesariamente ha respondido en la jurisprudencia a un carácter eminentemente normativo, existiendo casos en que se ha afirmado que existe sin referencia a un parámetro en particular. En este sentido, resulta interesante el recurso especial No. 439.456 de 2002. En este caso, en el municipio de Ribeirão Preto, estado de São Paulo, se condena al recurrente por la quema de cinco hectáreas de rastrojos de caña de azúcar, para despejar el terreno con fines agrícolas. En este caso, el voto del Ministro João Otávio de Noronha afirma que

Evidentemente que las quemas, procedimiento antinatural, constituyen una actividad contaminante, pues no hay necesidad de ser un experto para entender que tal práctica —bastante utilizada en Brasil, principalmente porque es de bajísimo costo, además de requerir una técnica simple de ejecución— es *responsable de la liberación de gases contaminantes*. Lo que se busca, y ahora me atengo al aspecto legal que implica la cuestión, es *fomentar un desarrollo sustentable, conciliándose los intereses del sector productivo con los de la población*, que tiene derecho a un medio ambiente equilibrado. El artículo 27 del Código Forestal dispone: *"Está prohibido el uso del fuego en los bosques y demás formas de vegetación..."* Si las peculiaridades locales justificaren el empleo del fuego en prácticas agropastoriles o forestales, la permisión sería establecida en acto del Poder Público, circunscribiendo las áreas y estableciendo las normas de precaución... *La expresión "demás formas de vegetación" no puede ser interpretada restrictivamente*, por el contrario, debe ser comprendida de modo tal que abarque todas las formas de vegetación, sean ellas permanentes o renovables.⁷³

⁷³ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 439.456 de 2002, p. 4. También, y manteniendo esta tendencia y sentido la jurisprudencia reciente, se refiere el voto del Ministro Castro Meira en Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 996.352 de 2013, p. 6.

En este caso, si bien se condena al recurrente por infracción a la prohibición de quema contenida en el Código Forestal, se hace referencia al motivo de dicha prohibición, a saber, procurar un desarrollo sustentable que evite la contaminación atmosférica por quema de rastrojos de caña de azúcar. El concepto de desarrollo sustentable, como ya se estudió, contiene el deber de solidaridad intergeneracional, elemento interpretativo que permite un entendimiento amplio de la expresión "demás formas de vegetación". Es interesante cómo, gracias a este recurso interpretativo, se condena la contaminación atmosférica sin que exista una norma de emisión o de calidad vulnerada, sino que se procura la finalidad de la prohibición de quema. Esta interpretación progresiva reconoce a la contaminación como amenaza intergeneracional más allá de parámetros normativos que determinen qué es y qué no es contaminación.

Sin embargo, sobre el particular punto de la quema de restos y rastrojos de caña de azúcar, esta actividad, según una decisión de la primera sección, a propósito de los *embargos de divergencia* No. 439.456, para efectos de uniformar jurisprudencia, estimó que no se encuentra, *prima facie*, prohibida. Por el contrario, puede ser lícita, y consecuentemente contaminar, siempre que cuente con una autorización ambiental para esos efectos. Así, la decisión redactada por el Ministro José Delgado versa:

La cuestión puesta en debate *no se restringe a la posibilidad de la quema de restos de caña de azúcar, ni tampoco a la acepción de la expresión "demás formas de vegetación"*, puesta en el encabezado del artículo 27 de la ley 4.771 de 1965. *Ninguna de las sentencias confrontadas disponen que las quemas están prohibidas*, por el contrario, *todas aseveran la posibilidad de esa práctica precedida de autorizaciones previas*, según lo dispuesto por la legislación vigente. La decisión impugnada... Partió de la premisa de que *las quemas de restos de caña de azúcar fueran realizadas sin previa autorización ambiental, lo que se caracterizó como ilícito*... Nada afirmó

que pueda ser autorizada la quema de restos de caña de azúcar desprovista de autorización ambiental.⁷⁴

De esta sentencia, podemos deducir que la contaminación en Brasil, al igual que en la mayoría de los sistemas jurídicos que cuenten con un sistema de evaluación de impactos ambientales, puede ser lícita siempre que se cuente con una autorización administrativa, a no ser que expresamente se prohíba, a todo evento, dicha práctica contaminante.

En una jurisprudencia más reciente, y en relación con la contaminación por derrame de hidrocarburos, el tribunal profundiza el tratamiento de interés difuso de la contaminación, especialmente a propósito de la solidaridad intergeneracional. En el *agravo* del recurso especial No. 667.867 de 2018, el Ministro Fernandes desestima la impugnación a una condena de reparación por daño ambiental, causa por derrame de hidrocarburos en el estuario de Santos, estado de São Paulo. La recurrente, si bien reconoce el daño ambiental, alega la desestimación de la demanda en razón de la insignificancia del daño, pues el peligro ocasionado por el derrame no ha sido siquiera leve, y que no hay reprochabilidad de la conducta lesiva al ambiente. Ante esto, el daño ambiental, aun siendo leve, debe ser reparado en razón de sus efectos acumulativos, y en consideración del difuso interés latente, el que incluye aun a las generaciones futuras en virtud de la solidaridad intergeneracional.⁷⁵

9. La no indemnización de las limitaciones administrativas por causa ambiental

En la jurisprudencia de los tribunales brasileños, la indemnización por la prohibición de explotación de ciertos recursos es restringida. Esta limitación está determinada por la posibilidad de efectuar esa explotación,

⁷⁴ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de divergencia en recurso especial No. 439.456 de 2007, pp. 3-4.

⁷⁵ Tribunal Superior de Justicia. *Agravo* del recurso especial No. 667.867 de 2018, p. 17.

conforme a la ley y a las autorizaciones administrativas vigentes. La razón es que, sin una habilitación legal, la explotación está prohibida, por lo que los productos generados no son comerciables, careciendo así, *prima facie*, de valor económico. Así, de no mediar una autorización que permita la explotación, no debería haber una indemnización al particular que le prohíba ejecutar una actividad económica.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, en el recurso especial No. 608.324 de 2007, el voto vencedor del Ministro João Otávio de Noronha, contraviniendo al voto minoritario del Ministro relator Francisco Peçanha Martins, determina que

La indemnización de la cobertura forestal por separado depende de la efectiva comprobación de que el expropiado esté explotando económicamente los recursos vegetales en los términos de la autorización expedida, eso porque tales recursos poseen un precio propio; el precio de una actividad económica de extracción de madera, de la cual se obtiene lucro... Las áreas protegidas de que trata el inciso párrafo 2o. del artículo 16 del Código Forestal es una restricción impuesta al área susceptible de explotación, de modo que *no es en el área de preservación permanente*. Así, *esa área puede ser indemnizable*, aunque en un valor inferior al del área de utilización que no tiene restricciones, *siempre que exista un plan de manejo debidamente confirmado por la autoridad competente*.⁷⁶

En este caso, sólo se cuestiona la indemnización posible por el valor de la madera en razón de existir o no un plan de manejo, que es la autorización administrativa sectorial que permite la explotación maderera. Luego, siempre que la administración haya emitido un plan de manejo, habrá indemnización al titular del proyecto. En caso contrario, ésta será negada por existir sólo la potencialidad de la explotación maderera, y no una habilitación administrativa que constituya derechos en favor del recurrente.

⁷⁶ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 608.324 de 2007, p. 11.

Esta idea de limitar las posibilidades de explotación económica también fue afirmada por una decisión de la primera sección, a propósito de los *embargos de divergencia* No. 610.158. En este caso, se discute la indemnización posible que recibiría la recurrente por la creación, en terrenos que le fueron expropiados, del parque Sierra del Mar, para la preservación del bioma de Mata Atlántica. El Ministro relator Castro Meira, en su voto adoptado por los demás miembros, señaló:

La Primera Sala entendió que la creación del Parque Estadual de la Sierra del Mar no genera derecho a indemnización pura y simplemente, ya que la limitaciones administrativas previstas en el decreto de utilidad pública ya estaban anteriormente dispuestas en el Código Forestal [limitación de orden legal], siendo debida la indemnización solamente en el caso de quedar demostrada una limitación administrativa más extensa que las ya existentes en el área antes del decreto... *Así, la indemnización solamente será debida si hubiere prueba específica de que las limitaciones nuevas son más extensas que las anteriores, bien como de que la parte recurrente experimentó un perjuicio por causa de la imposibilidad de explotación económica del área.*⁷⁷

En el mismo sentido, en el recurso especial No. 789.481, el voto del Ministro Herman Benjamin da más profundidad a ese razonamiento:

En el análisis del potencial económico maderero, se deben, considerar las restricciones legales y administrativas a la utilización de la propiedad, excluyéndose de la base de cálculo las Áreas de Preservación Permanente (artículo 2o. y 3o. del Código Forestal), las masas boscosas de la Reserva Legal y de inclinación media (artículo 10 del Código Forestal) que no contiene con Plan de Manejo válidamente aprobado por el órgano ambiental competente, así como las áreas que, por sus características naturales o de acuerdo con

⁷⁷ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de divergencia en recurso especial No. 610.158 de 2008, p. 5.

su estatuto jurídico propio, *no pueden ser explotadas*, caso de las especies consideradas con prohibición de tala... Tenemos del artículo 14 literal 'b', y de otras sometidas a régimen especial (vegetación de mata atlántica, primaria o secundaria en estado de regeneración, en los términos de la ley 11.428 de 2006, entre otros ejemplos)... *En la zona rural no basta, para hacer una justa indemnización simplemente alegar y hasta comprobar —incluso contando individualmente cada árbol— la existencia de cobertura forestal de orden arbóreo...* El valor comercial, como aptitud maderera, de esos árboles *depende directamente de la posibilidad de ser explotados, que es un concepto al mismo tiempo jurídico* (condición legal de corta) *y técnico* (posibilidad material de acceso, transporte, y mercado). En rigor, en el modelo jurídico ambiental adoptado por Brasil hoy, ningún bosque, sea Reserva Legal o no, puede ser explotada sin Plan de Manejo y previa autorización ambiental. *Ante la falta de autorización ambiental y Plan de Manejo, la explotación de bosques no es un derecho o interés indemnizable*; al contrario, de ocurrir, sería un ilícito ambiental (Ley 9.605 de 1998) sujeto a sanciones administrativas y penales, sin perjuicio del deber de reparar, bajo responsabilidad objetiva, el daño causado, en los términos de la Ley 6.938 de 1981.⁷⁸

Es interesante cómo este fallo, además de reconocer el papel jurídico del plan de manejo, señala la viabilidad técnica de la explotación que dicha habilitación administrativa debe tener. Así, en el caso de especies que no sean susceptibles de ser taladas, no cabría indemnización alguna, y en aquellas en que la prohibición sea sobreviviente, deben contar con un plan de manejo a esa fecha, pues sólo en virtud de esta autorización administrativa el predio en cuestión sería considerado productivo.

En relación con el criterio de la indemnización, llama la atención que en ambas sentencias sólo consideran como valor que se indemnizara los productos maderables de las masas boscosas. Además de la madera misma,

⁷⁸ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 789.481 de 2009.

existen productos no maderables que reportan utilidades al dueño, por ejemplo, la extracción de hongos, cortezas, frutos, u otro tipo de productos que pueden llegar a tener un valor de venta considerable.

Sobre lo anterior, cabe agregar que el dueño de un predio sometido a reserva legal o a restricciones de explotación puede, por medio de su propiedad, generar servicios ecosistémicos, tal como los menciona el fallo del recurso especial No. 650.728 sobre los manglares.⁷⁹ Éstos, según la Constitución brasileña, al ser un elemento esencial del goce de un medio ambiente ecológicamente equilibrado, se entiende que son bienes de uso común del pueblo, según el artículo 225 del texto constitucional.

A mayor abundamiento, en dos sendos precedentes, más recientes, se ha confirmado la tesis de la obligación *propter rem* de la conservación del patrimonio ambiental, debiendo el dueño procurar la protección del mismo. Así, en el recurso especial No. 1.454.281 de 2016, a propósito de la demolición de dos casas edificadas en un área de protección permanente, la recurrente intentó desestimar la obligación resultante de demolición y conservación del área de su propiedad; sin embargo, el tribunal, de acuerdo con la relación del Ministro Herman Benjamin, no acogió la impugnación en razón de la obligación *propter rem* de protección ambiental del predio.⁸⁰ De la misma forma, en el recurso especial No. 1.823.546 de 2019, a propósito de la demolición de unas bodegas edificadas en un área de protección permanente, se falló en el mismo sentido, también de acuerdo con el mismo entendimiento del Ministro Benjamin.⁸¹

10. Aspectos urbanísticos

Respecto de las consideraciones ambientales urbanísticas, el Tribunal Superior de Justicia ha desarrollado una interesante jurisprudencia, desta-

⁷⁹ Véase la nota al pie 52.

⁸⁰ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.454.281 de 201, pp.10-11.

⁸¹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.823.546 de 2019. p. 9.

cando tres ideas: primero, que su intervención en caso alguno interfiere con la administración del Estado en materias urbanísticas; la segunda, que el patrimonio urbanístico-cultural responde a un principio de integridad, y, finalmente, la tercera idea es que en materia de protección del patrimonio urbano existe un principio de no regreso, esto es, que cada nueva reforma no puede restringir los derechos ambientales consagrados por legislaciones anteriores.

Respecto a la separación de la función judicial de la administrativa en materia urbanística, es interesante el recurso especial No. 1.184.194 de 2010. En este caso, en el municipio de Pelotas, en el estado de Río Grande del Sur, a propósito de la reparación de una estructura declarada patrimonio cultural, el del Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil recurre contra una decisión que le condena a asumir las expensas de la reparación de dicha estructura. Aquí, el recurrente alega que se está interfiriendo en el desarrollo de una política pública al tener que asumir una carga que, en principio, le corresponde al propietario del bien. En este caso, el voto de la Ministra Eliana Calmon señala que

En desmedro de la argumentación llevada a cabo por la autarquía recurrente en el recurso especial (Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional), *en el sentido de que el Poder Judicial no puede inmiscuirse en la conducción de políticas públicas, en este caso concreto no guarda pertinencia con la actuación jurisdiccional en la concreción de tales políticas, sino con la necesidad de resolución de un litigio verificado por el riesgo de daños a la población, que devienen de la omisión del instituto responsable de la fiscalización, conservación, reparación*, aunque sea esta subsidiaria, del patrimonio en mal estado... El artículo 19 del Decreto No. 25/37 es claro al establecer la responsabilidad del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional en la protección del patrimonio en mal estado... *La legislación prevé la hipótesis de la imposibilidad económica del propietario del bien en mal estado de conservarlo y eventualmente repararlo, atribuyendo al Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico*

*Nacional el deber de conservación y reparación de la cosa en esa hipótesis... Es el caso de estos autos... Hay necesidad de reparar la copa de agua del inmueble con daños, bajo el riesgo de dañar a la propiedad en mal estado y a la población en general. El propietario descuidó la conservación de la propiedad en mal estado y el Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de su deber de fiscalización del patrimonio público. El artículo 19 del Decreto No. 25/37 es didáctico en la solución de la querella: ante la imposibilidad de la realización de las obras de conservación y reparación del patrimonio en mal estado por parte del propietario, compete al Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional proceder a las obras de reparación y conservación urgentes, penalizando al propietario que incurrió en la omisión con una multa y la desapropiación del bien en mal estado.*⁸²

Sin embargo, la responsabilidad primaria de conservación es del propietario del bien. Esto, al menos, fue aseverado por una decisión de la primera sección, en los *embargos de divergencia* No. 290.460. En este voto, a propósito de la carga de conservación de patrimonio histórico en el Plano Piloto de Brasilia, en el Distrito Federal, el voto redactado por el Ministro Albino Zavascki señala que

No hay similitud fáctica y jurídica entre las resoluciones confrontadas, pues la sentencia paradigma en momento alguno disiente sobre la obligatoriedad de la autorización del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional, para concluirse que **la carga de la conservación de la cosa en mal estado es del propietario en su condición de administrador.**⁸³

En estos casos, sin perjuicio de las sanciones que puedan recaer en el particular, se pueden desprender dos elementos clave: el tribunal, ante todo, debe velar por el interés público, tanto de una obra ruinosa que

⁸² Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.184.194 de 2005, p. 5.

⁸³ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de divergencia en recurso especial de 2005, p. 5.

puede causar daños a la población aledaña, tanto como al patrimonio urbano. El segundo elemento es que en caso alguno una sustitución de la administración del Estado en la protección del patrimonio público, sino que, por el contrario, reconoce el papel de implementador de políticas públicas que detenta la Administración, y la impulsa a actuar en ese sentido. En razón de estas dos ideas, la jurisprudencia desarrolla una protección del interés público sin vulnerar la división de funciones del Estado.

Otro caso que sigue la misma línea de respeto de la división de funciones, y que además incorpora el principio de no retorno, es el recurso especial No. 302.906. En el caso de autos, la parte recurrente es una constructora que impugna una sentencia del juez de instancia, según la cual se le impide desarrollar un proyecto inmobiliario en dos áreas verdes en la ciudad de São Paulo, pese a contar con una autorización administrativa. La razón por la que se le impide a la constructora desarrollar el proyecto es la existencia de una limitación a la edificación en esas áreas, pactada entre particulares, según los términos del artículo 26 de la ley No. 6.766 de 1979, que dispone sobre él las divisiones del suelo urbano y de otras providencias. El voto vencedor del Ministro Herman Benjamin, que fue divergente al de la Ministra relatora Eliana Calmon, asevera para tales efectos que

El ejercicio del *ius variandi*, para flexibilizar restricciones urbanístico-ambientales contractuales, deberá respetar el acto jurídico perfecto y el licenciamiento del emprendimiento, presupuesto general que, tanto en el Derecho Urbanístico como en el Derecho Ambiental, deviene de la creciente escasez de áreas verdes y dilapidación de la calidad de vida en las ciudades. Por eso mismo, se somete al *principio de no retorno* (o, por otra terminología, principio de prohibición de regreso), *garantía de que los avances urbanístico-ambientales conquistados en el pasado no serán diluidos, destruidos o negados por la generación actual o por las siguientes...* El acto del funcionario responsable de las autorizaciones de construcción no puede, evidentemente, suplantarse la legislación urbanística

que consagra una regla de mayor restricción. A la luz de los principios y normas prevalentes en el Estado Democrático de Derecho, es imposible admitir que un funcionario, contrariando la legislación federal (Ley Lehmann), pueda dejar sin efecto, por la puerta trasera y de modo casuista, según lo pida el cliente, las limitaciones particulares que constan en los registros inmobiliarios... El Poder Judicial no planifica, construye, ni administra ciudades, lo que no quiere decir que no pueda hacer nada en favor de ellas. Ningún juez, por mucho que sea su interés, conocimiento, o habilidad en las artes de planificación urbana, de arquitectura, y de paisajismo, se reservará algo más allá del simple papel de ingeniero del discurso jurídico. Y, sabemos, las ciudades no se levantan, ni evolucionan, sobre palabras. Pero las palabras dichas por los jueces pueden, sí, estimular la destrucción o legitimar la conservación, apoyar la especulación o garantizar la calidad urbanístico ambiental, consolidar errores del pasado, repetirlos en el presente, o viabilizar un futuro sustentable.⁸⁴

En la sentencia se aprecia que el Tribunal Superior de Justicia deja sin efecto un acto de la administración en resguardo de una ley federal que habilita a los vecinos a establecer restricciones al uso del suelo de áreas verdes. Si bien el Tribunal tiene claridad en que no debe sobrepasar y reemplazar las decisiones de la administración, es el principio de prohibición de regreso, que tal como se señala es la prohibición de retrotraer las mejoras ambientales obtenidas la población, en una suerte de correlación a la prohibición de la *reformatio in peius*. Este principio puede entenderse, en mi opinión, relacionado con el principio de gradualidad, según el cual, a las actividades que generan impactos ambientales no se les puede exigir que cambien completamente, en un lapso excesivamente breve, sus prácticas productivas a unas menos contaminantes, debiendo ser éstas mudanzas graduales. Así, de la misma forma que los titulares de proyectos requieren una gradualidad en la implementación de tecnologías más limpias, tampoco se puede retroceder en los avances obtenidos.

⁸⁴ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 302.906 de 2010, pp. 3-4.

También es importante revisar cómo la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha avanzado en la consideración integral del patrimonio cultural, más allá de los elementos individualmente considerados. En ese sentido, en el recurso especial No. 840.918 se discute la posibilidad de que en Brasilia, en el Plano Piloto, los edificios de apartamentos residenciales se puedan cercar, considerando que la ciudad tiene restricciones administrativas para la construcción de nuevas estructuras, dado que es considerada patrimonio de la humanidad según la UNESCO. Triunfa voto divergente de Herman Benjamin, que versa:

El artículo 17 del decreto Ley No. 25 de 1937 contiene dos núcleos de protección de los bienes a ser conservados. Por un lado, la prohibición absoluta de obras o actividades que los expongan en riesgo de destrucción, demolición, o mutilación. Por otro, una prohibición relativa, ya que intervenciones de reparación, pintura, o restauración —esto es, acciones tendientes a conservar el bien— pueden ser realizadas si se cuenta con una autorización previa, expresa, e inequívoca del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional... En el artículo 18, que también contiene una prohibición relativa, se encuentran prohibidas, excepto por previa, expresa e inequívoca autorización del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional, tanto construcciones en vecindad del bien derribado que le impidan o reduzcan su visibilidad (protección del entorno), como la colocación, en el mismo, de anuncios o carteles... No obstante la variedad de numerosos bienes individuales que integran el patrimonio cultural a ser conservado o protegido como conjunto (que es el caso de Brasilia) asume, *en diversos sistemas jurídicos la forma de universitas rerum*. O sea, las cualidades históricas, artísticas, naturales o paisajísticas del todo —como *patrimonio común e intangible de los ciudadanos del país y hasta de la humanidad*— son vistas y reconocidas unitariamente por el derecho, en una entidad real y compleja, que trasciende la individualidad de cada uno de sus elementos componentes. En el derecho brasileño, el Código Civil (artículo 91) disciplina tal figura como *universalidad de derecho o universitas iuris*... En esos conjuntos, los términos "mutilar" y "destruir", utilizados por el

artículo 17 del Decreto Ley 25 de 1937, no sólo tienen el sentido estricto de salvar edificios y construcciones aisladas, sino también de proteger la globalidad arquitectónica y urbanístico-paisajística, esto es, de los bienes agregados en una universalidad de derecho. Se trata de una salvaguarda que se hace, de una sola vez, de todo a partir de sus elementos y éstos a partir de aquél.⁸⁵

Según el tenor del fragmento citado, resulta interesante que se considera al patrimonio urbano como una universalidad jurídica, de orden complejo, en la que el valor conjunto de todos los componentes es el principal objeto de protección del dispositivo legal. Esa consideración de integridad ya se estudió a propósito de la vida silvestre, en la que se considera al ecosistema completo, y no a especies individualmente. Este subyacente principio de integridad en la consideración de valores ambientales y culturales resulta digno de destacar.

También, y en referencia al levantamiento de cercas, es común en Brasil que se cierren áreas comunes mediante éstas, práctica que se ha querido evitar por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. Así, por ejemplo, en el recurso sobre la acción de amparo No. 18.107, en el estado de Río de Janeiro, el voto del Ministro Benjamin es conclusivo al señalar que conforme al artículo 4 de la ley 6.766 de 1979 y a la normativa del municipio, las áreas comunes, en este caso particular caminos y calles, no pueden ser apropiados ni cerrados por los vecinos, velándose siempre por el acceso al patrimonio común por razones de interés público.⁸⁶

Con todo, no es absoluta la prohibición de efectuar obras en áreas de patrimonio urbano protegido. Para poder hacerlo, se deberá requerir la autorización especial del Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil. En caso contrario, estará infringiendo el estatuto de protección de estos bienes de patrimonio intangible común e interés

⁸⁵ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 840.918 de 2010, p. 2.

⁸⁶ Tribunal Superior de Justicia. Recurso sobre la acción de amparo No. 18.107 de 2011, pp. 9-10.

público. Por ejemplo, en Brasilia, a propósito del emplazamiento de carteles publicitarios, el voto del Ministro Benjamin en el recurso especial No. 1.127.633 de 2011, señala que

Sin la autorización del Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil, ‘no se podrá, en la vecindad de la cosa derribada, hacer construcciones que impidan o reduzcan la visibilidad, ni colocar en ella anuncios o carteles, bajo la pena de ser mandada a destruir la obra o a retirar el objeto, imponiéndose en este caso la multa de cincuenta por ciento del valor del mismo objeto’ (artículo 18 del decreto ley No. 25 de 1937).⁸⁷ *El concepto del daño no se restringe o se resume en la simple lesión física (desfiguradota y estructural) al bien protegido, pues incluye agresiones difusas e hasta interferencias fugaces en la misma, en el conjunto y en su entorno (daño directo), que ofendan o alteren los valores globales intangibles, las características, las funciones, la estética, y la armonía, lo bucólico o la visibilidad de sus variadas dimensiones que justifican la especial salvaguarda legal y administrativa.*⁸⁸

En un sentido similar, encontramos el recurso especial No. 808.708 de 2011, en el que el voto del Ministro Benjamin señala que pese a que se levanten obras y se usen, en este caso en el jardín botánico de Río de Janeiro, ni el paso del tiempo consolida esta situación, requiriéndose siempre de la debida autorización administrativa. Literalmente señala:

Siendo uno de los primeros bienes protegidos, incluso en 1937, por el Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional de Brasil, bajo el palio del entonces recién promulgado Decreto Ley No. 25 de 1937.⁸⁹ La ocupación, la explotación y el uso de un bien público —sobre todo los de interés ambiental-cultural y, con mayor razón, aquellos bajo protección— sólo se admiten

⁸⁷ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.127.633 de 2011, p. 1.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁸⁹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 808.708 de 2011, p. 1.

si contaren con expreso, inequívoco, válido y actual asentimiento del Poder Público, exigencia que no puede ser obviada tanto por el poder público, como por el Juez, la cual se mantiene incólume, independientemente de la antigüedad, finalidad (residencial, comercial o agrícola) o grado de interferencia en los atributos que justifican su protección. *Datar la ocupación, construcción o explotación desde largo tiempo, o el hecho de tenerse, en el origen, constituido legalmente y después transformándose en indebida, no purifica su ilegalidad, ni fragiliza o aleja los mecanismos que el legislador instituyó para salvaguardar los bienes públicos.* Irregular es tanto la ocupación, explotación y uso que un día fueran regulares, pero que dejaron de serlo, como los que, por nunca han sido, ni pueden serlo ahora. En lo que atañe específicamente al Jardín Botánico de Río, ante una nueva o vieja ocupación, la realidad es una sola: el bien es público, protegido, y cualquier ocupación, construcción o explotación en sus dominios demanda un riguroso procedimiento, el que en este caso no fue observado.⁹⁰

De ambos precedentes podemos concluir que siempre se requerirá la autorización administrativa para la ejecución de obras, y que, pese a que inclusive la propiedad protegida sea de dominio privado, lo que se protege es tanto el valor inmaterial del patrimonio cultural como la materialidad que lo sustenta.

Más recientemente, y respecto de los permisos administrativos de edificación de obras, se ha señalado que éstos son esencialmente revocables, en caso de que hubieren sido obtenidos en detrimento del patrimonio cultural y paisajístico. Por ejemplo, en el recurso especial No. 1.820.792 de 2019, un proyecto inmobiliario emplazado en la ciudad de Natal, el cual afectaría el paisaje y, en particular, la visibilidad del "*morro do careca*", belleza escénica característica de la ciudad. Si bien en autos de instancia se discutió la falta de permiso suficiente para comenzar las obras de edificación, el emprendedor obtuvo un cumplimiento provisional que le

⁹⁰ *Ibidem*, p. 11.

permitió seguir construyendo, y que fue impugnado vía recurso especial. En este precedente, y de forma categórica, el Ministro Herman Benjamin señala que mal se puede edificar sin un permiso administrativo en calidad de acto terminal,⁹¹ y que, justamente, dichos permisos están destinados a la preservación del patrimonio cultural y paisajístico.⁹²

11. Acción popular pública y acción civil pública

En consideración de que el deber de protección del entorno en el artículo 225 de la Constitución brasileña es amplio, y particularmente en consideración de que la protección ambiental responde a un interés difuso, existe como mecanismo procesal afín para estos efectos la acción popular pública. Ésta puede ser interpuesta por cualquier ciudadano en defensa de los intereses ambientales perjudicados, para obtener el goce de este derecho lo antes posible, evitando un mayor detrimento.

Literalmente, esto se contempla en la Constitución brasileña de 1988, en el artículo 5, numeral LXXIII, que versa:

cualquier ciudadano es parte legítima para interponer una acción popular que apunte a anular un acto lesivo al patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, a la moralidad administrativa, *al medio ambiente* y al patrimonio histórico y cultural, quedando el interponente, salvo que se compruebe mala fe, liberado de las costas judiciales y de la carga de pagar las costas personales a la contraparte en caso de ser derrotado.

Así, se entiende que la titularidad es amplia, y que una de las hipótesis expresas de acción popular pública es la protección del medio ambiente, dado que es un interés difuso.

⁹¹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.820.792. p. 10.

⁹² *Ibidem*, p. 14.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha reconocido ampliamente la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de impetrar una acción en defensa del medio ambiente. Por ejemplo, en el recurso especial No. 853.713, se discute la retrocesión de unos predios expropiado por el municipio de Cubatão en el estado de São Paulo, solicitada por los antiguos dueños. La razón de la expropiación fue que el municipio deseaba proteger a los dueños de los altos niveles de contaminación en la zona, y crear un parque ecológico que lograra amortiguar los impactos ambientales. Con el devenir del tiempo, no se realizó tal parque, por lo que el motivo de la expropiación perdió sentido. Ante ello, el voto del Ministro Herman Benjamin, señaló que

No obstante se niegue a los recurrentes el derecho de recuperar el bien o de recibir las pérdidas o daños (litigio en que se enfrentan la municipalidad y los particulares, ex propietarios del inmueble), cabe consignar que, en otro plano, la supuesta implantación de nuevas actividades contaminantes en el área expropiada configura, en tesis, un inaceptable incentivo municipal a la degradación ambiental, precisamente por el hecho que dio oportunidad a la expropiación. Consecuentemente, *nada impide que cualquier legitimado pueda ingresar con una acción civil pública o popular a dar al área la exacta destinación ambiental que, originalmente, justificó su incorporación al patrimonio público... El reconocimiento de la imposibilidad de retrocesión no obsta el deber del Municipio de dar al inmueble público una destinación ambientalmente sustentable.*⁹³

Según el voto, si bien niega la retrocesión por poner en peligro la vida de los antiguos habitantes dado los altos índices de contaminación, abre camino a un remedio más adecuado a la protección del interés público, a saber, la interposición de una acción popular para exigir al municipio el cumplimiento de los compromisos ambientales contraídos por causa de la expropiación, la que puede ser interpuesta por cualquiera.

⁹³ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 853.713 de 2011, p. 10.

En Brasil, sin perjuicio de la acción popular pública, existe la acción civil pública para efectos de la protección del medio ambiente. Esta acción, ejercida en favor de todos los ciudadanos, es promovida por el Ministerio Público, según el artículo 129, numeral III, de la Constitución de Brasil de 1988,⁹⁴ y según el artículo 5, numeral I, de la ley No. 7.347 de 1985 que disciplina la Acción Civil Pública.⁹⁵

12. Daño ambiental

En la normativa ambiental brasileña, la responsabilidad por daño ambiental es objetiva, esto es, que el elemento culpa está excluido en la configuración de la responsabilidad, siendo irrelevante si el autor del hecho dañino actuó con ella o no.⁹⁶ Así, la discusión en el Tribunal Superior de Justicia es acerca del alcance de la indemnización por daño ambiental y cómo debe ser efectuada. En líneas generales, el Tribunal ha entendido cinco aspectos que deseo remarcar: el Estado cuando concurre al daño es responsable subsidiariamente; la obligación generada del juicio de responsabilidad ambiental es el restablecimiento *in integrum* de todo daño socioambiental; se incluye en la indemnización, acumulativamente, la indemnización por perjuicios morales, y, también respecto de aspectos procesales, se acepta la carga dinámica de la prueba, y se ha entendido que la obligación de indemnizar es imprescriptible.

12.1 Responsabilidad subsidiaria del Estado

Por regla general, en Brasil los ilícitos civiles generan responsabilidad extracontractual solidaria respecto de todos los que han participado en el

⁹⁴ Literalmente, versa: "Artículo 129. Son funciones del Ministerio Público: III.- Promover la investigación civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos." En la Constitución de Brasil de 1988, artículo 129, numeral III.

⁹⁵ A saber: "Artículo 5o. Tienen legitimidad para interponer la acción principal y la acción cautelar: I.- el Ministerio Público...". En la Ley No. 7.347 de 1985, artículo 5, numeral I.

⁹⁶ "Habrà obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño, implique, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otros". Código Civil Brasileño, artículo 927.

hecho dañoso. Sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que en caso de que el Estado concorra al hecho dañoso, éste sería subsidiariamente responsable. Así, el voto del Ministro Herman Benjamin, en el recurso especial No. 1.071.741, que trata sobre la responsabilidad que le cabe al estado de São Paulo en el entorpecimiento para la creación y funcionamiento del Parque Estadual Jacupiranga, asevera que

La responsabilidad solidaria y de ejecución subsidiaria significa que el Estado detenta el título ejecutivo bajo la condición de, como deudor subsidiario, *sólo si fuere convocado a pagar la deuda si el degradador original, directo o material (deudor principal) no lo hiciere, sea por falta total o parcial de bienes en su patrimonio o insolvencia total o parcial... sea por incapacidad, inclusive técnica, para el cumplimiento de la prestación judicialmente impuesta*, asegurando, siempre, el derecho de repetir (artículo 934 del Código Civil), con desconsideración de la personalidad jurídica (artículo 50 del Código Civil)... Al cautelar la plena solvencia financiera y técnica del crédito ambiental, no se interfiere entre las aspiraciones de la responsabilidad solidaria y de ejecución subsidiaria del Estado —bajo pena de cobrar dos veces a la sociedad, rompiendo el principio contaminador-pagador y así inviabilizar la internalización de externalidades negativas— sustituir, mitigar, postergar o dificultar el deber, a cargo del degradador material o principal, de recuperación integral de los perjuicios causados... Como consecuencia de la solidaridad y por tratarse de un litisconsorcio facultativo, cabe al autor de la acción optar o no por incluir al ente público en la petición inicial.⁹⁷

La base del razonamiento expuesto considera al Estado un garante de la reparación, principalmente en casos de omisión de actuar, como podría ser el de no haber fiscalizado oportunamente. En caso contrario, si el Estado estuviera obligado solidariamente, y no subsidiariamente como se plantea en esta sentencia, fácilmente terminaría convirtiéndose, de modo

⁹⁷ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.071.741 de 2010, pp. 3-4.

indirecto y virtualmente, en una aseguradora de daños ambientales operando a favor de cualquier privado que infrinja normas ambientales y que logre demostrar una omisión de la Administración.

12.2 Indemnización integral, tanto en dinero como en la obligación de reparar el entorno

Como estudiamos anteriormente, no hay duda alguna de que el Ministerio Público Federal es el encargado de ejercer la acción civil pública por daños al medio ambiente. Sin embargo, el aspecto que se discute es que se puede demandar mediante ésta, dado que literalmente el artículo 3 de la ley No. 7.347 señala que "La *acción civil pública* podrá tener por *objeto* la condena en dinero o el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer".

La pregunta interesante acá es si es posible sólo pagar una indemnización que compense los daños ambientales, o si se debe proceder a una obligación de hacer que restablezca el medio ambiente al estado anterior del los perjuicios en la mayor medida posible. La jurisprudencia ha entendido que tanto la condena en dinero como la obligación de reparar el entorno mediante una obligación son conjuntivas. Podemos, para esos efectos, revisar el recurso especial No. 605.323, en el cual se discute la pretensión esgrimida por el Ministerio Público, mediante la acción civil pública. El voto vencedor del Ministro Teori Alvim Zavascki, en contraposición al voto disidente del Ministro relator José Delgado, fue del siguiente tenor:

La acción civil pública es el instrumento procesal destinado a propiciar la tutela del medio ambiente (Constitución Federal, artículo 129, III). Como todo instrumento, se somete al principio de adecuación, lo que significa que debe tener aptitud suficiente para hacer operativa, en el plano jurisdiccional, la debida e integral protección del derecho material. Solamente así será un instrumento adecuado y útil... Es por eso que, en la interpretación del artículo 3o. de la ley 7.347 de 1985 (la acción civil podrá tener por objeto

la condena en dinero o el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer'), la conjunción 'o' debe ser considerada con el sentido de adición (permitiendo, con la acumulación de las peticiones, la tutela integral del medio ambiente) y no el del alternativo y excluyente 91 o que tornaría a la acción pública un instrumento inadecuado para sus fines). *Es la conclusión impuesta, del mismo modo, por la interpretación sistemática* del artículo 21 de la misma ley, combinado con el artículo 83 del Código de Defensa del Consumidor ("artículo 83. Para la defensa de los derechos de los derechos e intereses protegidos por este código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela") y, todavía, por la del artículo 25 de la Ley 8635 de 1993, según la cual incumbe al Ministerio Público "IV – promover la investigación civil y la acción civil pública: a) para la protección, prevención y reparación de los daños causados al medio ambiente.⁹⁸

En un fallo de tenor similar, en el recurso especial No. 625.249 el municipio de Curitiba intenta impugnar una sentencia del tribunal de instancia que lo condenaba simultáneamente a pagar por los daños ambientales, además de tener que cumplir con el deber de reparar. Al respecto, el voto del Ministro relator Luiz Fux señala que

Concluir por la interpretación literal [el artículo 3o. de la ley No. 7.347] sería dar a la interpretación gramatical un contenido absoluto que no posee, olvidando los métodos lógico-sistemático, histórico y teleológico, más allá de abandonar por completo la voluntad del constituyente derivado, haciéndose triunfar así al fetiche de la palabra por sobre el contenido de la norma.⁹⁹

Si bien podría argumentarse que la conjunción de las diferentes obligaciones sería una hipótesis de enriquecimiento sin causa, en razón de los variados aspectos del daño ambiental, además de considerar los efec-

⁹⁸ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 605.323 de 2005, pp. 1-2

⁹⁹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 625.249, pp. 9-10.

tos temporales extendidos en el tiempo, en razón de la solidaridad intergeneracional, es que el Tribunal ha perseverado en esta doctrina. Por ejemplo, el voto del Ministro Herman Benjamin en el recurso especial No. 1.198.727, a propósito de una hipótesis de deforestación en el estado de Minas Gerais, fue enfático:

*El daño ambiental es multifacético (ética, moral, temporal, ecológica y patrimonialmente hablando, sensible aún a la diversidad del vasto universo de víctimas, que van del individuo aislado a la colectividad, a las generaciones futuras y a los propios procesos ecológicos considerados en sí mismos). En suma, se equivoca, jurídica y metodológicamente, quien confunde la prioridad de la recuperación in natura del bien degradado con la imposibilidad de acumulación simultánea de los deberes de reparación natural (obligación de hacer), compensación ambiental e indemnización en dinero (obligación de dar), y abstención de uso y nueva lesión (obligación de hacer)...*¹⁰⁰ La acumulación de la obligación de hacer, no hacer y pagar no configura bis in ídem, por cuanto la indemnización, en lugar de considerar la lesión específica ya ecológicamente restaurada o a ser restaurada, pone el foco en la parcela del daño que, aunque causada por el mismo comportamiento pretérito del agente, presenta efectos deletéreos de cuño futuro, irreparable o intangible...¹⁰¹ No bastasen todos esos argumentos, al juez, ante las normas de Derecho Ambiental, enriquecidas que son de contenido ético intergeneracional atado a las presentes y futuras generaciones, incumbe llevar en cuenta el comando del artículo 5o. de la Ley de Introducción al Código Civil, que dispone que, al aplicar la ley, se debe atender "a los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común". El corolario de esa regla es la constatación de que, en caso de duda u otra anomalía técnica de redacción, la norma ambiental demanda una interpretación e integración de acuerdo con el principio "in dubio pro natura..."¹⁰²

¹⁰⁰ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.198.727 de 2013, p. 8.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰² *Ibidem*, p. 12.

Con ello, se consagra en virtud del principio de integridad de la reparación, una conjunción de la condena a pagar por el daño ambiental conjuntamente con la obligación de hacer consistente en reparar, en virtud del mecanismo de la acción civil pública. Llama la atención la utilización del principio *in dubio pro natura*, que es una expresión del principio precautorio.

12.3 Indemnización de daños morales

Respecto de la responsabilidad objetiva y de la indemnización del daño moral en sede individual, podemos revisar los *embargos de declaración* en el recurso especial No. 1.114.398. En esta sentencia, se discute la acumulación de indemnizaciones que deben pagársele a un pescador artesanal que quedó privado de ejercer su trabajo por causa de un derrame de petróleo en la costa del estado de Paraná. La recurrente, cuestionando la sentencia del tribunal de instancia, intenta disminuir la cuantía de la indemnización, excluyendo el daño moral, por considerarlo una categoría diferente al daño ambiental, teniendo este último una regulación diferente. En este sentido, el voto del Ministro Sydney Beneti:

El daño ambiental, cuyas consecuencias se propagan a la víctima... es, por expresa previsión de la ley, de responsabilidad objetiva... imponiéndose, pues, al contaminador indemnizar, para, posteriormente, repetir contra el tercero que por las circunstancias sustente tener responsabilidad en el hecho... [Así] El sufrimiento acentuado, diferente de la mera incomodidad, es verdaderamente irrecusable, en el caso del trabajador profesional de la pesca que queda, en virtud del hecho, sin posibilidad de realizar su trabajo.¹⁰³

En este fallo, además de consolidar la responsabilidad objetiva en materia ambiental, el voto señala que dado que la reparación deber ser

¹⁰³ Tribunal Superior de Justicia. Embargos de declaración en el recurso especial No. 1.114.398 de 2012, pp.14-16. Este argumento se reitera y cita en el voto vencedor del Ministro Luis Felipe Salomão en Tribunal Superior de Justicia. Embargos de declaración en el recurso especial No. 1.346.430 de 2013, pp. 8-9.

integra, incluyendo el daño moral para efectos de reparación del daño causado por la destrucción del entorno, al impedir el desarrollo de una actividad pesquera.

Ahora bien, si mediante la idea de integridad en la reparación del daño causado puede ser considerada una indemnización en favor de un pescador individualmente considerado, cabe preguntarse si es posible considerar el daño moral en material ambiental de modo colectivo, en consideración del carácter difuso del derecho en cuestión. En este sentido, el recurso especial No. 1.248.214 da luces sobre cómo se debe efectuar dicha consideración colectiva. Así, en este caso, en el estado de Minas Gerais, el Ministerio Público recurre contra la resolución del tribunal de instancia que condenó sólo a la indemnización del daño ambiental, y no a la reparación *in natura*, por considerar que ésta no era posible. El daño ambiental causado fue por la utilización del fuego en la agricultura, para efectos de remover los rastrojos de plantas de caña de azúcar en los terrenos. En ese contexto, la relación efectuada por el Ministro Herman Benjamin es concluyente:

*Mayor paradoja tecnológica, y también ética, imposible: abandonamos la matriz de la fuerza humana hacia la mecanización del hacha y del arado, nos hicimos de un arsenal de recursos químicos, de biotecnología y de avanzado conocimiento científico multidisciplinario, todo para sucumbir ante el fácil auxilio de la fuerza natural extrema, que nada respeta en su camino, indistintamente quemando flora, fauna y suelo. El uso extendido del fuego en la agricultura y la ganadería brasileña mancha una actividad que quiere ser moderna, necesita ser moderna.*¹⁰⁴

El argumento implícito es el de recurrir a las mejores tecnologías disponibles para prevenir daños en el desarrollo de la agroindustria. Así, el uso de la mejor tecnología disponible implica que los daños ambientales

¹⁰⁴ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.248.214 de 2012, p. 6.

pueden ser evitados en cumplimiento del deber contenido en el artículo 225 de la Constitución, en una expresión concreta del principio de prevención.

Respecto a la conjunción de la sanción y la indemnización, y en especial sobre la posibilidad de considerar colectivamente el daño moral, en su voto, el Ministro Herman Benjamin señala que

La interpretación sistemática de las normas y principios ambientales no obsta la restricción [a la reparación in natura] impuesta en la resolución recurrida. La reparación ambiental debe ser hecha de la forma más completa posible, de modo que la condena a recuperar el área degradada no excluya el deber de indemnizar, sobre todo por el daño que permanece entre su ocurrencia y la plena recuperación del medio ambiente degradado (lo que se entiende como daño interino o intermediario), bien como daño moral colectivo... En efecto, está en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el *principio de reparación integral del daño ambiental*, del cual es corolario el *principio contaminador-pagador*, el que impone la responsabilidad por todos los efectos resultantes de la conducta lesiva, incluyendo el perjuicio soportado por la sociedad hasta que haya una fundamental y absoluta recuperación in natura del bien lesionado.¹⁰⁵

Es interesante cómo se consagra de modo expreso el principio de reparación integral del daño ambiental, como concretización del mandato constitucional brasileño del artículo 225 y su relación con el principio contaminador pagador. De ahí se derivan dos consecuencias: la integridad se expresa en que se debe reparar *in natura*, mediante una concreta obligación de hacer, y la de reparar el daño moral sufrido colectivamente.

Finalmente, estimo que es menester revisar el recurso especial No. 1.248.214, para efectos de estudiar la influencia de la solidaridad inter-

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 10.

generacional en material de responsabilidad por daño ambiental. En este caso, que ocurrió en el estado de Río Grande del Sur, un buque derramó mezclas de ácidos en un canal que une la laguna de Los Patos con el océano Atlántico, generando daños ambientales por causa de la contaminación de estos vertidos. Se discute en el asunto la responsabilidad solidaria de la empresa de rescate y de la aseguradora, junto a la empresa de navegación. Ante esta situación, los solidariamente demandados alegan que no responderán hasta más allá de la responsabilidad que les compete por causa de sus deberes de cuidado establecidos por contrato, a saber, cubrir los daños generados, punto que se ve reflejado en el voto del Ministro Herman Benjamin:

In casu, la legitimidad pasiva no está asociada a una eventual responsabilidad por el daño ambiental... No está de más recordar que el medio ambiente equilibrado es derecho de todos, también siendo de todos el deber de cuidar de su preservación para las futuras generaciones en los términos del artículo 225 de la Constitución de la República. En la hipótesis, medida considerada esencial fue impuesta a quien poseía condiciones de, en aquel momento, impedir el agravamiento del daño causado.¹⁰⁶

Así, según este razonamiento, seguido por los demás miembros de la sala, el deber de cuidado se extiende más allá de evitar el daño, existiendo un deber de repararlo para quien tiene las mayores probabilidades de actuar, siendo, la omisión verificada, dañina para el medio ambiente. Así, el deber del artículo 225 no sólo incumbe al Poder Público, sino a toda la sociedad. También, y de modo implícito, se podría exigir un estándar de conducta a quien tiene mayores posibilidades de reparar el daño, siendo, en este caso concreto, la empresa aseguradora, pues su omisión en la reparación acrecentó los perjuicios ambientales causados.

¹⁰⁶ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 891.512 de 2011, p. 9.

12.4 Imprescriptibilidad de la acción

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha entendido que no existe plazo para demandar el daño ambiental. En ese sentido, es relevante la jurisprudencia del recurso especial No. 647.493, en el que el Ministro relator Joao Otávio de Noronha se pronuncia sobre el daño ambiental que causa la extracción de carbón mineral en el sur del estado de Santa Catarina. A saber, su voto señala que

Con relación a la prescripción, tratándose de la pretensión que busca la recuperación del medio ambiente degradado, es *imprescriptible la acción colectiva*. En ese sentido, es relevante transcribir la doctrina de Hugo Nigro Mazzalli: "Tratándose de un derecho fundamental, indisponible, *común a toda la humanidad*, no se puede someter a la prescripción, pues una generación no *puede imponer a las siguientes generaciones la eterna carga de soportar la práctica de comportamientos que pueden destruir el propio hábitat de los seres humanos*. También la actividad degradadora continua no se sujeta a la prescripción: la permanencia de la causación del daño también repugna a la prescripción, pues los daños pasados acrecientan los actuales" (*La defensa de los intereses difusos en juicio*, décimo séptima edición, página 515)'... En el presente caso, el Tribunal *a quo* manifestó en su entendimiento de que *el daño apuntado por el Ministerio Público tiene la característica de continuidad, hecho que, inequívocamente, aleja la hipótesis de que corra cualquier plazo de prescripción*.¹⁰⁷

Acá, podemos observar que el fundamento de la imprescriptibilidad es doble: por un lado, es por la continuidad de los daños causados; por el otro, en consideración de la solidaridad transgeneracional. En ese sentido, el voto es consecuente, y no permite que los daños que se vienen generando desde hace muchos años queden sin una debida reparación.

¹⁰⁷ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 647.493 de 2007, pp. 14-15.

En adición, además de la imprescriptibilidad, la determinación de la oportunidad procesal para poder demandar el daño ambiental. Así, en el recurso especial No. 1.236.863 de 2012, el voto del Ministro Benjamin, respecto de un caso de daños ambientales por uso de pesticidas en el estado de Espírito Santo, versa:

La hipótesis, como bien ha sido demostrado por las instancias ordinarias, es de responsabilidad objetiva, por acto comisivo. Pero, aunque se tratase de un comportamiento, la responsabilidad del Poder Público sería ineludible.¹⁰⁸ *La aplicación de insecticida o la utilización de sustancias tóxicas no caracterizan, consideradas aisladamente, el hecho dañoso. En la responsabilidad civil sanitario-ambiental el daño solamente se verifica, en general, con el surgimiento e identificación de las lesiones o patologías alegadas. Antes de eso, no existe pretensión indemnizatoria propiamente dicha y, consecuentemente, no cabe hablar de prescripción.*¹⁰⁹

En la sentencia en comento, además de reafirmar la responsabilidad objetiva del Estado, también, como se dijo, se determina la oportunidad procesal para demandar el daño ambiental desde que se computa desde que se verifican los efectos perniciosos

a. Carga de la prueba

La jurisprudencia ambiental brasileña del Superior Tribunal de Justicia también ha efectuado esfuerzos interpretativos para aplicar y reforzar la institución de la carga dinámica de la prueba, generando una excepción a la regla general establecida en el artículo 333 del Código de Proceso Civil brasileño, el que, conforme a las reglas generales del derecho común, coloca la carga de la prueba de los hechos sobre la parte que obtiene una ventaja procesal de la demostración de éstos.¹¹⁰ Así, podemos observar

¹⁰⁸ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.236.863 de 2012, p. 7.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 9-10.

¹¹⁰ "La carga de la prueba incumbe: I. al demandante, respecto del hecho constitutivo de su derecho; II. Al demandado, respecto de la existencia de un hecho que impide, modifica o extingue el

el voto del Ministro Herman Benjamin en el recurso especial No. 883.656 de 2012, a propósito de una contaminación por mercurio acontecida en el estado de Río Grande del Sur, por actividades industriales asociadas a hidrocarburos:

En el proceso civil, la *técnica de la carga dinámica de la prueba concreta* y aglutina los *cánones de solidaridad, de facilitar el acceso a la Justicia, de la efectividad de la prestación jurisdiccional y del combate a las desigualdades, bien como de un renovado debido proceso*, todo para exigir una genuina y sincera cooperación entre los sujetos en la demanda, teniendo por aspiración final alejar la *probatio diabolica* del camino de los sujetos vulnerables... modifica la incidencia del *onus probandi*, transfiriéndolo para la parte en mejores condiciones de soportarlo o cumplirlo eficientemente, tanto más en relaciones jurídicas ora que claudiquen derechos indisponibles o intergeneracionales ... El legislador, la doctrina y la jurisprudencia convergen en la suavización de la inflexibilidad del régimen del artículo 333 del Código de Proceso Civil particularmente en los procesos colectivos... En el campo el Derecho Ambiental, aplicables con mayor razón los fundamentos teórico-dogmáticos de la carga de la prueba dinámica, anteriormente aludidos. Pero no es sólo eso. *La propia naturaleza indisponible del bien jurídico protegido (medio ambiente), de proyección intergeneracional, ciertamente favorece una actuación más incisiva y proactiva del juez, que sea para salvaguardar los intereses de los incontables sujetos ausentes, por jueces, a saber, toda la humanidad y las generaciones futuras...* La incidencia del principio de precaución, *el propio transmisor por excelencia de la inversión de la carga de la prueba, en base del principio in dubio pro natura, induce a un igual resultado en la dinámica de la prueba...* La manifestación jurídica de la complejidad de los procesos ecológicos y de la creciente estima ética, política y legal de la garantía de calidad ambiental, el principio in dubio pro natura, en su acepción procesal, *encuen-*

derecho del demandante". En Código de Proceso Civil de la República Federal de Brasil de 1973, artículo 333, numerales I y II.

tra origines remotos en el tradicional principio in dubio pro damnatio (en caso de duda, a favor del perjudicado o víctima), utilizado principalmente en la tutela de la integridad física de las personas. Nadie cuestiona que, como derecho fundamental de las presentes y futuras generaciones, el medio ambiente ecológicamente equilibrado reclama tutela judicial comprensiva, eficaz y eficiente, no contentándose con iniciativas materiales y procesales retóricas, cosméticas, teatrales o de fantasía. Consecuentemente, el Derecho Procesal Civil debe ser compatibilizado con esa prioridad, constitucional y legal, dado su carácter instrumental, pero no por eso menos poderoso y decisivo en hacer viable o negando el mayor deseo del legislador: una genuina y objetiva facilitación del acceso a la Justicia para los litigios ambientales.¹¹¹

Esta interpretación, de suyo interesante, basa la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el principio precautorio y en la solidaridad intergeneracional. En razón de la utilización de la idea *in dubio pro natura*, como expresión del principio precautorio, establece que ante la duda de que la alta complejidad de carga de la prueba, recaída sobre el afectado por la contaminación, finalmente haría ilusoria su reparación. Por el contrario, una carga dinámica permitiría que la obligación de probar recayere sobre aquel que estuviere en mejores condiciones de hacerlo.

13. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia se ha discutido hasta qué punto le corresponde inmiscuirse en la revisión de las autorizaciones de calificación ambiental que la administración del Estado autoriza. Así, *prima facie*, la jurisprudencia ha determinado que no puede reemplazar a la Administración en la toma de decisiones de gestión ambiental. Por ejemplo, podemos revisar el recurso especial No. 1.227.328. En este caso, se requiere vía recurso especial la anulación

¹¹¹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 883.656 de 2012, pp. 10-11.

de una autorización que permite construir un proyecto inmobiliario. El proyecto fue sometido a todos los requisitos de evaluación ambiental. Ante esta revisión, el voto del Ministro Benedito Gonçalves señala que

No se puede admitir, por lo tanto, que, siendo otorgada al particular la autorización para la construcción, con base en el ordenamiento jurídico entonces existente, sea posteriormente determinada la paralización de la obra causando perjuicios inmensurables al propietario, sin que haya comprobación de que el proyecto haya sido aprobado en desacuerdo con las normas ambientales vigentes... En el caso en análisis, no hay en los autos información alguna de que la construcción se encuentre en disconformidad con el proyecto presentado al momento de la autorización o de cualquier otra irregularidad que obste el desarrollo de la obra... En ese orden de raciocinio, *no cabe al Poder Judicial, bajo pena de violar el artículo 10 de la ley No. 6.938 de 1981, determinar la paralización de la obra, anulando, de esta forma, los actos administrativos que concedieran la autorización de construcción, aprobado rigurosamente de acuerdo con todas las exigencias legales*, incluso más, cuando la prueba pericial realizada en juicio constató que respecto del proceso de licenciamiento "indicios de que el Departamento Estadual de Protección de Recursos Naturales se haya basado en falsas premisas para decidir sobre la emisión y contenido de la autorización".¹¹²

De lo expuesto, el límite de la revisión es el respeto por el mérito técnico de la Administración en la aprobación ambiental de proyectos. En caso contrario, cuando el tribunal desarrolla una opinión, debe ceñirse a las pruebas presentadas en juicio, y no sustituir en caso alguno el mérito técnico de la administración.

Lo actos administrativos de contenido ambiental, si bien deben ceñirse al mérito técnico, bajo ningún punto de vista pueden vulnerar la legalidad vigente. Así, y por ejemplo, en el recurso especial No. 1.245.149, en

¹¹² Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.227.328 de 2011, p. 18.

el estado de Mato Grosso del Sur la autoridad administrativa permitió la construcción de un rancho de turismo en un área de preservación permanente, esto es, un área protegida. Ante esta situación, se impugnó el licenciamiento, señalando el voto del Ministro Herman Benjamin que

[A ninguna autoridad administrativa compete] *de modo directo o indirecto, mucho menos con subterfugios o bajo pretexto de medidas de mitigación o compensación vacías, opacas o inútiles*, dispensar exigencias legales, reglamentarias o de pura sabiduría ecológica, bajo la pena, al proceder así, de *fulminar con la nulidad absoluta e insalvable al acto administrativo practicado*, bien como de hacer incidir, personalmente, sobre los funcionarios involucrados, las sanciones de la Ley de los Crímenes contra el Medio Ambiente (artículos 66, 67, y 69-A) y de la Ley de Probidad Administrativa, a las cuales se agrega su responsabilidad civil en régimen de solidaridad con los autores directos del eventual daño causado.¹¹³

Es ese sentido, la falta de apego a la legalidad no es sólo causal de la nulidad del acto, sino también de las responsabilidades penales y civiles de los sujetos involucrados.

Así, en caso de vulnerar normas jurídicas, y sin perjuicio del mérito técnico, el Tribunal Superior de Justicia ha sido enfático y ha desarrollado una interesante jurisprudencia en orden de permitir una amplia revisión de los fundamentos jurídicos de las autorizaciones ambientales. Son clave los embargos de declaración sobre el recurso especial No. 1.011.581. En este caso, se discute la edificación de una estructura, en contravención de normas ambientales. El voto del Ministro Teori Alvinio Zabaski señala que

Aprobado y autorizado un proyecto para la construcción de un edificio por el Poder Público Municipal, en obediencia a la legislación correspondiente y a las normas técnicas aplicables,

¹¹³ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.245.149 de 2013. p. 24.

*la autorización así concedida tendrá una presunción de legitimidad y definitiva, y solamente podrá ser: a) casada, cuando se haya comprobado que el proyecto está en desacuerdo con los límites y términos del sistema jurídico en su aprobación; b) revocada cuando sobreviniese un interés público relevante, hipótesis en la cual quedará el municipio obligado a indemnizar los perjuicios generados por la paralización y demolición de la obra; o c) anulada, en la hipótesis de verificarse que el proyecto fue aprobado en desacuerdo con las normas municipales vigentes.*¹¹⁴

Este fallo señala y aclara los límites y causales de la nulidad de la autorización de funcionamiento. En principio, la vulneración de cualquier norma jurídica, ya fuere norma o principio, puede significar una revisión judicial del acto. Así, si contraviene principios, la sanción es la casación, y si contraviene reglas es la nulidad. La revocación, en cambio, sobreviene en caso de cambio de las circunstancias que motivaron el acto administrativo.

De este modo, se ha desarrollado un campo amplio de posibilidades de poder dejar sin efecto autorizaciones de calificación ambiental vía casación. Por ejemplo, en el recurso especial No. 938.484, los recurrentes desean impedir el emplazamiento de una central hidroeléctrica en un área de preservación permanente, contando esta central con una resolución de calificación ambiental que permite dicho emplazamiento, contraviniendo una prohibición legal. Ante esta situación, el voto del Ministro Herman Benjamin señala que

El lugar donde se pretende implantar la central hidroeléctrica constituye uno de los últimos remanentes del bioma de Mata Atlántica, tratándose de un área de preservación permanente, de acuerdo con el artículo 2o. de la Ley 4.771 de 1965; fue constatada la existencia de tres especies de avifauna amenazadas en peligro de extinción (la penélope oscura o pava de monte, el cuitelao, y el yacú toro), tres especies de mamíferos también amenazados

¹¹⁴ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.011.581, p. 1.

en peligro de extinción (el puma, el armadillo y el oso mielero), tres especies raras de mamíferos (la paca, la irará, y la corzuela colorada) y una nueva especie de anfibio desconocida para la ciencia; existencia de una especie vegetal amenazada en peligro de extinción (jacarandá del cerrado).¹¹⁵ Además, la resolución recurrida se encuentra en sintonía con la tendencia actual de la doctrina y de la jurisprudencia, que *reconoce la posibilidad de control de legalidad judicial amplio de los actos administrativos*. Como bien ha decidido el Tribunal, ‘tratándose de derechos tercera generación, en consideración de intereses difusos y colectivos, como ocurre con la afectación negativa del medio ambiente, el control de legalidad debe ser amplio’, o sea, *si el acto administrativo (en el caso de la calificación ambiental) contraviene el sistema jurídico, sus valores fundamentales y sus principios básicos, no puede prevalecer*.¹¹⁶

De lo acá expuesto, primero, se cumple con la protección patrimonial ambiental del Brasil al resguardar al bioma especial de la Mata Atlántica consagrado en el artículo 225, parágrafo 4, además de dejar sin efecto el acto administrativo que autoriza la ejecución del proyecto. La amplitud de la revisión no está centrada en contravenir el mérito técnico, sino que está determinada por el tipo de normas contravenidas y que pueden configurar la anulación del acto administrativo, pudiendo ser tanto reglas de orden ambiental, como principios, siguiendo la doctrina del recurso especial No. 1.011.581.

Adicionalmente, y gracias a que, *prima facie*, los actos administrativos de licenciamiento gozan de juridicidad, es que constituyen un pequeño microordenamiento jurídico de carácter técnico, al que deben ceñirse los titulares de proyecto en la ejecución de la actividad productiva, no pudiendo contravenir la autorización. Podemos revisar así el voto del Ministro Benjamin en el recurso especial No. 941.110 de 2009, sobre una farmacia que se excedió en su giro en el municipio de Vitoria, con-

¹¹⁵ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 938.484, p. 6.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 10-11.

forme a lo que se le había autorizado en su licencia de funcionamiento. Esta sentencia señala que

Cumplida y aceptada fielmente, no sólo por el particular, sino igualmente por el Poder Judicial, que no puede atribuirse el papel de órgano licenciador, distribuyendo, al sabor y conveniencias de cada juez, licencias y autorizaciones en hipótesis en que el Administrador se recusó de hacerlo o imponiendo condiciones para hacerlo... *Implica decir que la interpretación judicial (y administrativa también) de los términos de la licencia debe ser hecha de modo de asegurar los intereses mayores establecidos por la ley.* En el Estado Social Brasileño, en el que la actividad económica debe observar un rol de principios establecidos en la Constitución y someterse a os "dictámenes de la justicia social" (Constitución Federal, artículo 170), no cabe, *en caso de duda u omisión, interpretar o integrar la licencia ambiental automáticamente a favor del interés individua-comercial del agente económico, desvalorizándose o despreciándose los objetivos públicos del microsistema normativo aplicable a la hipótesis...* La licencia es para el licenciado y no del licenciado. En vez de ser dueño de la licencia, el sujeto licenciado es su vasallo, lo que hace que con sus términos, exigencias mínimas en la forma de piso, sólo puedan ser alterados con el previo y expreso consentimiento de la Administración, bajo pena de abuso de la licencia.¹¹⁷

Lo expuesto es de sumo interés, ya que además de diferenciar el papel de la administración como ente licenciador del papel revisor de los tribunales de justicia, señala que un titular de proyecto debe actuar apegado fielmente a su licencia ambiental, no pudiendo variarla.

14. Temporalidad de derechos ambientales en el patrimonio

Cabe preguntarse también si los derechos obtenidos en razón del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado, ya fuere para

¹¹⁷ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 941.110 de 2009, p. 7.

desarrollar actividades contaminantes o para prohibir actividades lesivas al entorno, tienen persistencia en el tiempo. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia interesante: los derechos a contaminar no están dotados de permanencia, mientras que, al contrario, los derechos que aseguran el goce social del derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado si detentan esa permanencia.

Respecto de los derechos obtenidos en razón del derecho fundamental a vivir en un medio ecológicamente equilibrado, podemos observar el recurso especial No. 1.240.122 de 2012. En esta sentencia, se discute si existe ultractividad del Código Forestal de 1965, respecto del Código Forestal de 2012, respecto de las infracciones ocurridas antes de la vigencia del nuevo código, dado que éste les da un tratamiento más benigno. El voto del Ministro Herman Benjamin señala que

*En el ámbito de la credibilidad y de la efectividad de la transformación normativa por la que pasó la Teoría General de los sujetos (generaciones futuras) y de los bienes (autonomización del medio ambiente ecológicamente equilibrado) a partir de 1981 (con la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente) y 1985 (con la Ley de Acción Civil Pública), llegando al ápice en 1988 (con la Constitución ciudadana). En esa materia, incumbe al juez no perder de vista que la Constitución, en el encabezado de su artículo 225, de modo expreso, reconoció a las generaciones futuras como cotitulares del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado. En paralelo, legislación de disciplina de la acción civil pública (específicamente el artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor) comprende la categorización cuádruple de los derechos subjetivos en individuales, individuales homogéneos, colectivos *strictu sensu*, y difusos. Es evidente, por lo tanto, que el ordenamiento brasileño otorgó a las generaciones futuras (y a la propia colectividad actual) la posibilidad, en su condición de titular de derecho subjetivo transindividual, de beneficiarse de la protección constitucional, en la integridad, conferida a los derechos adquiridos; de ser diferente, tendríamos en el encabezado del artículo 225, un "derecho-a-*

medias", con nombre y apellido de derecho, pero sin la eficacia temporal que todos los derechos, patrimoniales o no, tradicionalmente detentan y que de ellos devienen. *Según esa perspectiva, tanto al individuo (visión individualista-intrageneracional) como a la colectividad presente y futura (visión colectiva intrageneracional y colectiva intergeneracional) se garantizan contra la retroactividad de la ley posterior los derechos adquiridos bajo el régimen anterior que se incorporaron a su patrimonio.* Ambos son sujetos, ambos cuentan con un patrimonio constitucional e legalmente inamovible, que además de material y moral en el enfoque clásico, es también ecológico. *En suma, podemos y debemos considerar la existencia de derechos ambientales adquiridos, que emergen a partir y bajo el imperio de un ordenamiento jurídico pretérito, derogado o sustituido por otro, en la línea de los clásicos derechos adquiridos al Estado, al régimen de los viene en el matrimonio, a la posesión y dominio, a la jubilación, a la posición contractual, etc.*¹¹⁸

El razonamiento seguido en el voto entiende que los derechos socioambientales no pueden ser afectados por modificaciones legales posteriores, teniendo éstos la característica de derechos adquiridos, plenamente oponibles a terceros, inclusive al Estado. En el caso en estudio, se verifica una ultractividad del Código Forestal de 1965.

Por el contrario, los derechos por contaminar no tienen fijeza en el patrimonio de los sujetos, pudiendo ser revocados. Así, en el recurso especial No. 1.222.723 se discute la subsistencia de un permiso para construir en una franja de playa de mar en el municipio de Bombiñas, estado de Santa Catarina, contrario a la ley 7.661 de 1988 sobre ordenamiento territorial costero. Los recurrentes basan su argumento en que el acto administrativo de autorización es por causa de una norma especial, anterior a 1988, la que les confiere un derecho adquirido a desarrollar el proyecto. El voto del Ministro relator Mauro Campbell es concluyente:

¹¹⁸ Tribunal Superior de Justicia. Petición en el recurso especial No. 1.240.122 de 2012 pp. 14-15.

Ya en lo que dije respecto a la alegación de contrariedad al artículo 6o., parágrafos 1o. y 2o. de la Ley introductoria al Código Civil, bajo el fundamento de que el reglamento relativo a los artículos 3o., inciso I, 6o., 11 y otros de la ley No. 7661 de 1988 son posteriores al emprendimiento en cuestión y a los permisos y licencias respectivos, ésta no prospera. Esta Corte es pacífica en el sentido de *que no hay derecho adquirido a contaminar o degradar el medio ambiente*.¹¹⁹

En este sentido, se entiende que no hay derechos adquiridos a contaminar, ni bajo autorización administrativa ni por la práctica de actividades, por lo que son esencialmente revocables.

15. Reflexiones finales

En la presente revisión de sentencias del Tribunal Superior de Justicia, es posible extraer algunas ideas acerca de su jurisprudencia reciente, y reflexionar sobre ellas. Cabe destacar la creación de una jurisprudencia de principios, los conflictos que pueden llegar a existir entre posibles interpretaciones basadas en éstos respecto de interpretaciones basadas en principios de otras disciplinas jurídicas de antiguo cuño, y la posibilidad de que estos principios se tornen vinculantes por mandato legal.

La más evidente de las cuestiones denotadas es la construcción de una jurisprudencia de principios de derecho ambiental, basándose en el mandato constitucional del artículo 225 de la Constitución brasileña de proteger el entorno, cabe al Poder Público, en general, y al Poder Judicial, en particular, adoptar todas las medidas posibles para que éste no sufra detrimentos. Justamente, el desarrollo de una jurisprudencia de principios puede ser considerado como una importante medida, en el plano jurídico, para cumplir dicha misión. Ese mandato, así entendido, ha permitido que los principios de derecho ambiental operen con un papel interpretativo de la normativa ambiental brasileña en casos difíciles.

¹¹⁹ Tribunal Superior de Justicia. Recurso especial No. 1.222.723 de 2012, pp. 9-10.

Es posible reconocer menciones explícitas o implícitas a los principios de derecho ambiental comúnmente estudiados, tales como al principio preventivo y al contaminador pagador en el recurso especial No. 1.248.214 estudiado acá a propósito de la indemnización del daño moral, al principio precautorio en el recurso especial No. 1.198.727 a propósito del daño ambiental, del recurso especial No. 883.656 a propósito de la carga de la prueba y en el recurso especial No. 439.456 citado a propósito de la contaminación por quema de rastrojos.

También hay referencias al principio de solidaridad intergeneracional en los recursos especiales No. 948.921, No. 1.240.122 y en el agravio del recurso especial No. 667.867, citados a propósito de la función ecológica de la propiedad; sin embargo, el Tribunal ha dado cabida a otros principios de vanguardia, y que han sido desarrollados por la jurisprudencia, tales como la prohibición de regreso en la protección ambiental en el recurso especial No. 302.906, a propósito de la protección del patrimonio urbano, o el principio de integridad en sus dos subvertientes: 1) integridad del bien jurídico protegido en el recurso especial No. 650.728 para efectos de la integridad de los ecosistemas, y también en el ya citado No. 840.918 para efectos de la integridad del patrimonio urbano. 2) Integridad en la reparación del daño ambiental en los recursos especiales No. 605.323 y No. 625.249. En el caso particular del principio de integridad, en mi opinión, éste es una especificación del principio de reparación, desarrollando vicisitudes propias tanto del objeto protegido como de la reparación del mismo.

La innovación en estos principios, considerados, creados y desarrollados por el tribunal, demuestra, entre otras cosas, la reafirmación de una disciplina autónoma de estudio, diferenciada de otras ramas jurídicas. En ese sentido, en Brasil, el derecho ambiental consigue diferenciarse más allá de los textos doctrinales, y obtiene un valioso reconocimiento jurisprudencial concreto, en el derecho vivo, en el seno del Tribunal Superior de Justicia.

Con todo, la expresión de estos principios de derecho ambiental conlleva un germen de discusión: la aplicación de un principio, en la interpretación de un caso difícil, puede generar diferencias en las concepciones más tradicionales en la cultura jurídica de una disciplina más antigua, creando, para unos, avances en la protección del entorno, mientras que para otros se facilitan distorsiones en categorías jurídicas firmemente arraigadas. Por ejemplo, en los recursos especiales No. 605.323 y No. 625.249, al considerar conjuntamente, en el fallo condenatorio, la obligación de reparar el medio ambiente con la obligación de pagar una indemnización, se podría señalar un conflicto con el principio de enriquecimiento sin causa, no debiendo pagarse más allá de la indemnización que es debida, debiendo optarse o por la obligación de dar o por la obligación de hacer. Algo similar ocurre en el fallo que recae sobre la petición en el recurso especial No. 1.222.723, en el que la ultractividad del Código Forestal de 1965 puede resultar contraria al principio de aplicación de la ley más favorable, según el cual una sanción ulterior de menor cuantía debería reemplazar a la más gravosa en los estatutos sancionadores, especialmente en el derecho penal.

Esas contradicciones pueden ser abordadas desde distintos puntos de vista, ya sea desde el de avances jurisprudenciales a favor de la consolidación del derecho ambiental, o desde el punto opuesto, como un proceso de "vulgarización" de instituciones tradicionales, mal interpretadas y distorsionadas. En mi opinión, las jurisprudencias basadas en principios dependen de procesos jurídico-dialécticos, en los que, argumentativamente, un principio deberá prevalecer sobre otro en la interpretación de normas jurídicas en casos difíciles, por lo que ese tipo de discusiones, más que ser valoradas como benévolas o malignas, simplemente existen, y son parte del derecho de nuestros tiempos. No debemos recaer, *prima facie* y tal como lo señala el voto del Ministro Benjamin en el recurso especial No. 650.728, en acusaciones tales como las de llamar a un tribunal activista. Simplemente, los tribunales desarrollan, dentro de sus posibilidades de actuación, roles más activos o pasivos dependiendo de

si los procedimientos que los rigen son más próximos a un modelo dispositivo o inquisitivo.

Otra importante consecuencia, en mi opinión, es el eventual desarrollo de una jurisprudencia de principios en la revisión de los actos de la administración, en los que se ven desplegados buena parte de los esfuerzos del poder público en la protección del medio ambiente. Así, el recurso especial No. 1.011.581 establece como causal de invalidación del acto administrativo la vulneración de principios de derecho ambiental, llamándola de casación. En ese sentido, al menos en el ámbito jurídico brasileño, la consideración de un principio jurídico en un embargo de divergencia, por ejemplo, puede conducir a la consolidación de un principio jurídico de derecho ambiental como precedente obligatorio para uniformar la jurisprudencia interna del tribunal. Esto, sin duda, puede generar un baremo de control de actos de la administración en materia ambiental, otorgándole la posibilidad de ser aplicado directamente.

Para terminar, el caso brasileño del Tribunal Superior de Justicia es un ejemplo de cómo los principios jurídicos se tornan necesarios en la persecución de una finalidad sociablemente deseable, a saber, la protección del medio ambiente. Éstos, en una sociedad democrática, tienen un valor argumentativo y discursivo frente a posiciones contrarias a estos fines, propiciando el debate necesario que caracteriza a la libertad de expresión en democracia. Así, de las discusiones proyectadas, y de las interpretaciones acá revisadas, una reflexión final inevitable es que el cuidado del medio ambiente requiere y requerirá una readecuación de categorías jurídicas de otras ramas del derecho, lo que no es sino un llamado de atención a quienes crean, interpretan y aplican normas jurídicas. Indudablemente, de las interpretaciones que den los operadores jurídicos, devendrán consecuencias para la subsistencia de la vida en el planeta, cuestión que, así presentada, puede ser exagerada para muchos. Sin embargo, al menos entiendo, a título personal, somos la primera generación de intérpretes legales enfrentados al dilema del devenir de la vida,

debiendo enfocarnos en pensar nuestra actividad no sólo como el entendimiento y simplificación de trámites para la ejecución de proyectos productivos, sino que, muy por el contrario, debemos pensar en llevar nuestra labor un paso más allá, a un foco común y trascendente, que no es sino la supervivencia de la vida en este planeta.

II. Desarrollo jurisprudencial de la evaluación en materia de impacto ambiental y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* en el derecho comparado

2.1 Sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado

En esta sección se estudian dos sentencias en casos análogos dictadas por las cortes supremas de la Nación Argentina y del Reino Unido, pero con resultados distintos. En ambos casos de estudio los tribunales analizaron la aplicación efectiva de la evaluación de impacto ambiental y el desarrollo de proyectos con posible afectación de ecosistemas sensibles, así como las obligaciones para la prevención de riesgos y la reparación de daños al ambiente durante dichas evaluaciones.

En el caso de la sentencia argentina, un grupo de vecinos de la ciudad de Gualeguaychú interpuso una acción de amparo para detener las obras y reparar los perjuicios ambientales producidos por la construcción de un proyecto inmobiliario en la ribera del río Gualeguaychú, del lado del Pueblo General Belgrano.

El fallo del Reino Unido se refiere a la objeción presentada por un ciudadano para el desarrollo de un proyecto propuesto por Crisp Maltings Group Ltd. que incluía la construcción de dos silos para 3,000 toneladas de cebada y de un parque de camiones con bahía de lavado e instalaciones auxiliares, en un sitio cercano al río Wensum.

2.1.1 Caso Majul Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental

Hechos

En 2015, Julio José Majul y un grupo de vecinos de la ciudad de Gualeguaychú interpusieron una acción de amparo ambiental colectivo en contra de la municipalidad de Pueblo General Belgrano; la empresa Altos de Unzué S. A. y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, por la construcción de un proyecto inmobiliario residencial —un barrio náutico con 335 lotes residenciales, más de 110 lotes residenciales con frentes náuticos, más complejos multifamiliares de aproximadamente 200 unidades y un hotel de unas 150 habitaciones—, que alegaron se emplaza en el valle de inundación del río Gualeguaychú, una zona declarada área natural protegida.¹²⁰

En sus argumentos de amparo sostuvieron que la empresa, sin contar con las autorizaciones necesarias, como la Evaluación de Impacto Ambiental

¹²⁰ Por la Ordenanza Yaguarí Guazú —No. 8914/1989— y por la Ordenanza Florística del Parque Unzué —No. 10.476/2000—.

(EIA), inició las tareas de desmonte —destruyendo montes nativos y causando daños a la flora y al ambiente— y levantaron enormes diques causando evidentes perjuicios futuros a la población. Los peticionarios manifestaron que los daños ambientales causados al ecosistema de la zona ribereña y a los humedales son irreversibles, y además se generaron graves impactos en el cauce del río Gualeguaychú y en sus zonas de anegación, porque, con los trabajos de movimientos de tierra y terraplenes erigidos, las zonas cercanas se verán inundadas por el repunte de la altura de las aguas. En la perspectiva de los demandantes las acciones referidas contravinieron la Constitución federal y provincial porque representan una violación a los derechos a un medio ambiente sano y al agua potable, toda vez que las autoridades dejaron de lado sus deberes de protección ambiental y no aplicaron el principio precautorio previsto en la legislación ambiental.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental, ordenó el cese de obras y condenó solidariamente a la firma Altos de Unzué S. A., a la municipalidad de Pueblo General Belgrano y al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos a recomponer el daño ambiental en 90 días.

En contra de la resolución, los obligados solidarios interpusieron un recurso de apelación ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (STJ), quien revocó la sentencia del juez de primera instancia, considerando que los peticionarios debieron seguir el caso por la vía administrativa.

Inconformes con esa decisión, los peticionarios interpusieron un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJNA), argumentando que en la sentencia de apelación se realizó una interpretación incorrecta del derecho aplicable para la tutela del daño ambiental. También expresaron que la sentencia recurrida lesionó su derecho a una tutela judicial efectiva y que el poder administrativo era incapaz de poner un freno al poder económico y ordenar la recomposi-

ción del daño ambiental causado de manera ilegal. La Corte Suprema invalidó la sentencia reclamada por el señor Majul al encontrar que se transgredió su derecho de acceso a la jurisdicción ambiental.

Criterios de la Corte Suprema de la Nación Argentina

1. Se realizaron acciones que dañaron el medio ambiente, de difícil o imposible reparación. Como lo establecieron la EIA y las constancias de dictámenes emitidos por organismos administrativos, se afectaron humedales en un área protegida, causando impactos permanentes e irreversibles. Los dictámenes emitidos por instituciones del Estado en sede administrativa sobre el daño ambiental tienen la fuerza probatoria de los informes periciales.

2. El STJ al dar primacía a la vía administrativa y, en consecuencia, rechazar el amparo ambiental, incurrió en un exceso ritual manifiesto y vulneró el derecho a una tutela judicial efectiva. En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador.

3. El juez *A quo* no consideró el derecho constitucional a vivir en un ambiente sano y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad.

4. La Corte ha establecido que la cuenca hídrica es la unidad en la cual se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y un ambiente en particular. La cuenca hídrica es un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia de las diversas partes del curso

de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales. En esta línea conviene recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta sólo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema.

5. Cuando se trata de la protección de una cuenca hídrica se debe valorar la aplicación del principio precautorio y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*.

Análisis jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la firma de los jueces Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, dejó sin efecto la sentencia del STJ que había rechazado la acción de amparo interpuesta por el señor Majul y otros vecinos de la ciudad de Gualeguaychú, ordenando el cese de las obras y la reparación de los perjuicios ambientales producidos por la construcción de un proyecto inmobiliario en la ribera del río Gualeguaychú, ubicado en zona de humedales, lindero con un parque natural tutelado por ordenanzas municipales y la existencia de una reserva ecológica, reconocida por la legislación provincial, que constituyen áreas especialmente protegidas.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos rechazó la demanda por cuestiones formales, señalando que debieron agotarse las vías administrativas previas. La Corte Suprema hizo lugar a la queja por recurso extraordinario denegado interpuesta por el señor Majul al considerar que el objeto de la acción de amparo era más amplio porque se había solicitado la recomposición del daño ambiental causado aun antes de la aprobación de la EIA.

Primero la CSJNA observó que las acciones para la construcción del complejo residencial dañaron el ambiente, y que por su magnitud podrían ser de difícil o imposible reparación (pág. 10, párr. 1). Basándose en los dictámenes emitidos por diferentes organismos públicos administrativos sobre el daño ambiental, la Corte constató las graves transformaciones

y alteraciones negativas al ambiente en el valle de inundación del río Gualeguaychú (pág. 11, párr. 2). Con esta evidencia se tuvo por probada una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva de los peticionarios (pág. 15, párr.1), porque, entre otras razones, la tutela del daño ambiental implica una "revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador" (pág. 16, párr. 2).

La Corte Suprema estableció que el TSJ no tuvo en cuenta la vulneración al derecho constitucional de los peticionarios a vivir en un medio ambiente sano, ni el deber del Estado de garantizar la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, prevención, utilización racional, equidad intergeneracional, progresividad y responsabilidad (pág. 16, párr. 3). El Tribunal tampoco consideró que la Provincia de Entre Ríos tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas. La sentencia hizo referencia también a otros fallos en los cuales la CSJNA había resuelto ya que "la cuenca hídrica es la unidad en la cual se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y un ambiente en particular (Fallos: 340:1695). La cuenca hídrica es un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales" (pág. 17, párr. 2).

Se aborda también en esta decisión emblemática el régimen jurídico internacional de protección a los humedales protegidos por la Convención de Ramsar, recordando sus servicios ambientales y valor económico, cultural y social, así como los datos que demuestran el inminente riesgo en el cual se encuentran estos ecosistemas prioritarios en el mundo. De ahí, la Corte Suprema concluyó que resulta evidente la necesidad de proteger los humedales, recordando en el caso particular de Argentina, que se declaró legalmente como área natural protegida a los humedales del departamento de Gualeguaychú, en donde se sitúa el proyecto. También se ordenó su comunicación a la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y el Secretariado de la Convención de Ramsar para su protección efectiva (pág.19, párr.1). Más aún, la sentencia estableció que

"en esta línea, corresponde recordar que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta sólo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos 340:1695)" (pág. 19, párr. 2).

La sentencia resolvió también que cuando se trata de la protección de una cuenca hídrica se debe valorar la aplicación del principio precautorio y que

Asimismo los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza—UICN—, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Especialmente el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018) (pág. 19, párr. 3; pág. 20, párr. 1).

La Corte Suprema concluyó así que

el fallo del Superior Tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675

—que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie— y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso (pág. 20, párr. 2).

2.1.2 Caso Champion v North Norfolk District Council and another

Hechos

En octubre de 2009, Crisp Maltings Group Ltd. (CMGL), una empresa agrícola, solicitó un permiso para desarrollar un proyecto que incluía dos silos y un parque de estacionamiento y mantenimiento de camiones en un sitio cercano al río Wensum en Norfolk, que es una zona especial de conservación (ZEC) integrada a la Red de sitios Natura 2000, protegida por la legislación de la Unión Europea y del Reino Unido en materia de hábitats y regulación de especies.

La aplicación para la planeación del proyecto propuesto por CMGL en octubre de 2009 incluyó una evaluación del riesgo de inundaciones (FRA, por sus siglas en inglés), reconociendo que la escorrentía superficial del sitio pudiera contaminar el río Wensum. Se siguieron de ahí medidas de investigación para prevenir dicha contaminación. Desde octubre de 2009 a junio de 2010, se consultó con las instituciones regulatorias relevantes. Se emitió una opinión preliminar en abril del 2010 estableciendo que no se requería una evaluación de impacto ambiental.

Entre junio de 2010 y enero de 2011 se prepararon dos FRA adicionales y una evaluación ecológica, que llevaron a las instituciones regulatorias a retirar sus objeciones al proyecto. El 20 de enero de 2011 se decidió dar poderes delegados a sus oficiales para aprobar el desarrollo, sujeto a condiciones para mitigar los daños potenciales de contaminación a los ecosistemas hídricos.

Lo anterior llevó a reclamaciones locales, incluyendo la presentada por el señor Matthew Champion, integrante del Ryburgh Village Action Group, quien argumentó que era necesario contar con una evaluación adecuada del proyecto, incluyendo la de impacto ambiental y la requerida por las regulaciones aplicables en materia de hábitats protegidos, como el río Wensum. El Consejo decidió enviar de regreso la aplicación y requerir comentarios adicionales del señor Champion, quien no respondió. En otra reunión que se realizó en septiembre de 2011, los oficiales de planeación presentaron un reporte detallado concluyendo que no se requerían las evaluaciones adecuadas mencionadas, incluyendo la de impacto ambiental (EIA). El Comité resolvió que la aplicación, sujeta a condiciones de mitigación de los daños ambientales potenciales, incluía el monitoreo de la calidad del agua.

En contra de esta resolución, el señor Champion controversió exitosamente el consentimiento ante la Corte Superior por fallas en el cumplimiento de la EIA y la legislación sobre hábitats, pero perdió el caso en la Corte de Apelación. En el recurso de apelación el Tribunal competente resolvió desestimar la acción interpuesta por el señor Champion porque se estimó que las condiciones impuestas a CMGL fueron medidas precautorias encaminadas a evitar la contaminación del río Wensum. Aunque se reconoció que la determinación de no solicitar una EIA fue deficiente, el Tribunal determinó que la actuación de la autoridad responsable había sido exhaustiva en cuanto a la evaluación de los factores relevantes de contaminación, por lo cual la autorización del proyecto fue una decisión congruente y razonable.

El señor Champion interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte del Reino Unido en el cual argumentó que la autoridad responsable no podía prescindir de una EIA en una etapa temprana de la tramitación del permiso de desarrollo ni suplir este procedimiento y las demás evaluaciones previstas por la legislación sobre hábitats protegidos, ni siquiera cuando se establecieran medidas de mitigación como en el caso concreto.

La Suprema Corte confirmó la decisión del Tribunal de Apelaciones porque consideró que si bien la autoridad responsable incurrió en una irregularidad procedimental por no apegarse al marco normativo de la EIA y las regulaciones sobre hábitats protegidos, la autoridad realizó una adecuada evaluación del proyecto de desarrollo y garantizó la participación pública durante el estudio y análisis de la solicitud. Además, para la Corte, la actuación de la autoridad responsable eliminó cualquier riesgo material de impacto significativo a la zona de conservación porque se instrumentaron medidas de mitigación adecuadas para separar las actividades potencialmente contaminantes del flujo hidrológico del río Wensum.

Criterios de la Suprema Corte del Reino Unido

1. Cuando una autoridad advierta que puede causarse un daño ambiental con la implementación de un proyecto que además puede afectar un hábitat o especies protegidas, tiene la obligación de investigar de manera exhaustiva los riesgos de impacto significativo, garantizando la participación del público interesado.
2. Sobre la interpretación de la legislación en materia de impacto ambiental, por una parte, nada descarta que se consideren medidas de mitigación desde la etapa de evaluación preliminar (*screening stage*), pero, por otra, es claro que dichas medidas de mitigación deben incluirse en la

manifestación de impacto ambiental. La aplicación del principio precautorio, consagrado en las directivas de la Unión Europea, implica que en casos de duda material debe resolverse generalmente a favor de la EIA.

Análisis jurisprudencial

Champion v North Norfolk District Council es un caso que demuestra el pragmatismo en la resolución de conflictos ambientales por la Suprema Corte del Reino Unido. En este conflicto no existieron aspectos ambientales particularmente complejos o novedosos; sin embargo, los argumentos de la Corte en los dos asuntos sustantivos centrales en la ponderación, la temporalidad de las decisiones sobre el requerimiento de una evaluación ambiental adecuada y la relevancia de las medidas para abordar los efectos adversos del sitio del proyecto en el río Wensum, lo hacen un caso notable.

Sobre el primer asunto, la temporalidad, la Corte estableció que no hay nada en la Directiva sobre Hábitats o las regulaciones aplicables que apoye formalmente una etapa separada de revisión inicial (*screening*). Este postulado estuvo basado en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea que describe dos etapas en el artículo 6 (3) de la Directiva: la evaluación adecuada y la decisión que resulte de la misma.

La Corte especificó que en la normativa nacional, de acuerdo con los procedimientos establecidos en *The Town and Country Planning (Environmental Impact Assessment) Regulations* de 2017 (o EIA Regulations), la elaboración de una EIA es un requisito esencial para la aprobación de proyectos que causen un impacto significativo en el medio ambiente. No obstante, en la normativa internacional, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 6 (3) de la Directiva 92/43/CE —relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre—, la autoridad administrativa únicamente está obligada a realizar una adecuada evaluación para la aprobación de proyectos de desarrollo en zonas de conservación. La autoridad administrativa no tiene la obligación de cumplir con

un procedimiento de evaluación específico para la autorización de proyectos en una ZEC. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 6 (3) de la Directiva 92/43/CE, la autoridad administrativa tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva (*high standard of investigation*) sobre los impactos adversos que podría ocasionar la ejecución del proyecto en la integridad de la zona de conservación. Especialmente si la autoridad administrativa advierte que existe un riesgo de impacto significativo sobre el hábitat o el ecosistema protegido, debe realizar una investigación completa de los riesgos de impacto significativo (pág. 20, párrs. 1 y 2).

La Suprema Corte además discernió que los procedimientos formales en las regulaciones de evaluación de impacto ambiental, incluyendo la revisión inicial (*screening*), una declaración ambiental y la consulta pública obligatoria no tienen una contraparte en la legislación sobre hábitats. Cuando no sea obvio, la autoridad competente considerará si el detonador para una evaluación adecuada se cumple, pero esto no es una revisión inicial en el sentido de la EIA. En cuanto a la temporalidad de la revisión inicial o *screening* en la EIA, las autoridades deben, en principio, adoptar las opiniones correspondientes al inicio del proceso de planeación (pág. 22, párr. 1). Aunque una opinión negativa a la cual se llegó legalmente sobre la base de la información entonces disponible pueda revisarse a la luz de nuevos datos, esto no implica que una opinión legalmente defectuosa sobre la revisión preliminar o *screening* para no requerir una EIA, o la falla total en conducir una opinión de *screening*, pueda subsanarse mediante la realización de un ejercicio de evaluación externo a las regulaciones sobre EIA.

La Corte también hizo notar que la autoridad administrativa debió realizar una EIA desde la tramitación de la solicitud del permiso de desarrollo, pues, en esta etapa no era posible sostener que la ejecución del proyecto no ocasionaría un impacto significativo adverso en el ecosistema del río (pág. 22, párr. 2 y 3). Si bien, la implementación de las medidas de mitigación es parte esencial de una adecuada evaluación para la aprobación

de proyectos de desarrollo en zonas de conservación, para la Corte, la relevancia que la autoridad administrativa le otorgó a la implementación de estas medidas para no iniciar una EIA constituyó una irregularidad en el otorgamiento del permiso que no pudo ser ni corregida ni enmendada en las siguientes etapas de revisión del proyecto (pág. 25, párr. 1). Además, de acuerdo con los lineamientos procedimentales de la Directiva 2011/92/UE, relativa a la EIA, la Corte recalcó que las medidas de mitigación debieron incluirse en una manifestación de impacto ambiental (pág. 24, párr. 2).

La Corte interpretó también cómo debe considerarse el principio precautorio conforme a la legislación aplicable en materia de impacto ambiental y hábitats protegidos. La Directiva sobre EIA (Directiva 2011/92/EU) considera que la política ambiental de la Unión Europea está basada en el principio precautorio, conforme al cual, los efectos de una obra o actividad sobre el medio ambiente deberán considerarse desde la etapa más temprana posible de los procesos de decisiones y planeación técnica. Como resultado de lo anterior, la regulación sobre hábitats protegidos debe interpretarse también en el marco del principio precautorio y deben llevarse a cabo evaluaciones adecuadas cuando exista la probabilidad de un riesgo que podría tener más tarde efectos significativos sobre el medio ambiente. Del análisis de estas regulaciones y precedentes previos de la Corte y en la Unión Europea, en la sentencia se estableció que las medidas de mitigación deben incluirse en la manifestación de impacto ambiental y que en casos de duda, deberá resolverse siempre a favor de la presentación de una EIA (pág. 25, párr. 2).

En este caso la autoridad de planeación y los expertos consultados quedaron conformes de que el riesgo material de efectos significativos sobre el río se había eliminado. Aunque los oficiales expresaron esta conclusión diciendo que no se requería una evaluación apropiada, no hay razón para pensar que la conclusión habría sido diferente si desde el inicio se solicitara dicha evaluación. La mera falla en ejercer el "detonador" pre-

visto por el artículo 6(3) en una etapa temprana no socava por sí misma la legalidad de la decisión final.

Éste fue un caso arquetípico para la EIA, de forma que los riesgos y las medidas para enfrentarlos pudieran ser determinados en la declaración ambiental y sujetos a consulta e investigación. Aunque la Corte encontró violaciones procesales en el procedimiento de evaluación del proyecto, no había datos para suponer que la decisión hubiera sido diferente si el proceso hubiese tenido lugar en el marco de las regulaciones sobre la EIA.

A pesar del defecto legal en el procedimiento que llevó al otorgamiento del permiso de planeación, la Corte retuvo su discrecionalidad para negar el remedio porque el peticionario pudo ejercer en la práctica los derechos que le confiere la legislación europea y no se le generó un perjuicio sustantivo (pág. 26, párr. 2). En este contexto, la Corte concluyó que la irregularidad procedimental no le impidió a la autoridad administrativa investigar de manera exhaustiva la propuesta del proyecto o escuchar y garantizar la participación del público en el procedimiento de evaluación, y además pudo separar las actividades del proyecto del flujo hidrológico del río (pág. 28, párrs. 2 y 4).

2.2 Análisis de opinión por ministros instructores en los casos Majul y Champion

2.2.1 ¿Qué es el agua para el derecho? A propósito del caso Majul, las cuencas hídricas y humedales¹²¹

Ricardo Lorenzetti

La visión del agua cambió en los últimos años y como consecuencia de ello asistimos a un periodo de transición; el modelo dominial antropocéntrico presenta debilidades y surgen sus fronteras. Por ello empiezan a advertirse, cada vez con más frecuencia, legislaciones y decisiones jurisprudenciales que limitan y reordenan, con mayor o menor intensidad, el derecho subjetivo sobre el agua.

En este punto, hay algunos aspectos que conviene tener presentes: i) la conciencia de que el agua es un bien escaso y ii) el interés por el recurso se traslada al uso que se le da, y eso se traduce en conflictos sobre el uso, la adjudicación de derechos sobre el uso y el gerenciamiento público del recurso.

El caso Majul

En 2015, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina tomó una decisión en relación con un amparo ambiental colectivo, interpuesto

¹²¹ Lorenzetti, Ricardo y Lorenzetti, Pablo, *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni, 2018, pp. 207-272.

por Julio José Majul y un grupo de vecinos de la ciudad de Gualeguaychú en contra de la municipalidad de Pueblo General Belgrano; la empresa Altos de Unzué S. A. y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, por la construcción de un proyecto inmobiliario residencial emplazado en una zona declarada como área natural protegida.

El conflicto se planteó, en sus puntos principales, en relación con los daños ambientales irreversibles, causados al ecosistema de la zona ribereña y a los humedales, y los graves impactos en el cauce del río Gualeguaychú y en sus zonas de anegación, porque debido a los trabajos de movimientos de tierra y terraplenes erigidos, las zonas cercanas se inundarían por el repunte de la altura de las aguas.

En su decisión, la Corte Suprema descalificó el fallo recurrido. Afirmó que en el proceso se omitió considerar el derecho a vivir en un ambiente sano y que el Estado debe garantizar la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad.¹²²

Resaltó que "el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta sólo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente" y principalmente en relación con la cuenca la definió como "la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales".

En este caso, el Tribunal enfatizó en que los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la

¹²² Fallos: 342:1203.

protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y que no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.¹²³

Especialmente, destacó el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.¹²⁴

Conclusión

El problema del agua va adquiriendo importancia relevante en todo el mundo, convirtiéndose en un subsistema ambiental y un microbien que al ser afectado produce efectos circulares, sistémicos, objeto de regulación y protección especial.

Enfrentamos problemas tales como el incremento de la escasez de agua, el aumento de la demanda, su afectación por los distintos usos directos e indirectos que se producen como consecuencia del esquema de la sociedad de consumo y la multiplicación de las fuentes de contaminación.

Está claro que este bien ha sido llevado a un punto de tensión extrema por el modelo dominial y del uso indiscriminado.

La conclusión es que ya no es posible admitir que existe un derecho para todos de usar el agua en cualquier cantidad y para cualquier propósito.

¹²³ Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza —UICN—, reunido en la ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016.

¹²⁴ UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasília Declaration of Judges on Water Justice. Brasília, 21 de marzo de 2018.

2.2.2 Defensa del realismo en el litigio ambiental¹²⁵

Robert Carnwath

La decisión de la Suprema Corte del Reino Unido en el caso *Champion v North Wiltshire District Council* es probablemente un raro ejemplo de una clara violación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, y que en el trato que le estaba dando el tribunal no socavaba la validez del consentimiento que se había dado, porque la violación procedimental no tenía una importancia práctica.

Este caso versó sobre un desarrollo industrial propuesto en Norfolk, que incluía la construcción de dos silos, así como un estacionamiento para camiones y un lavadero. El sitio del proyecto estaba cerca del río Wensum, parte de la red de sitios protegidos Natura 2000 conforme a la Directiva de Hábitats de la Unión Europea. Conforme a las regulaciones relevantes (mediante las cuales se instrumenta la legislación europea), los proyectos que puedan tener un impacto significativo en un ambiente como el mencionado deben sujetarse a una evaluación de impacto ambiental (EIA)

¹²⁵ Original en inglés: 2020. *Championing Realism in Environmental Litigation* By Lord Carnwath, Former Justice, UK Supreme Court. Traducción: Alejandra Rabasa Salinas.

y a una "evaluación apropiada", prevista en la Directiva de Hábitats. El mecanismo por el cual la autoridad determina si es necesario realizar una EIA es conocido como una opinión preliminar (*screening opinion*), que debe emitirse cuando se recibe una aplicación para un desarrollo respecto del cual se advierte que podría requerirse una evaluación apropiada.

Desde una etapa temprana, en este caso estaba claro que el principal problema ambiental era el posible efecto de las escorrentías del sitio del proyecto hacia el río y que se requería más información sobre las medidas de mitigación. Aun así, el oficial responsable en la agencia de planeación emitió una opinión preliminar en la cual estableció que a la luz de las medidas de mitigación esperadas, no se requería una EIA. Después de realizar estudios técnicos adicionales, el promovente del proyecto logró presentar información más detallada y propuestas de mitigación a partir de las cuales las autoridades relevantes concluyeron que no se causaría un daño significativo al río. Sobre esta base, sin requerir una EIA formal, la autoridad otorgó el permiso para el proyecto.

El señor Champion, un residente local opositor al proyecto controvertió el permiso argumentando que la opinión preliminar (*screening opinion*) fue legalmente defectuosa porque no era válido descartar la necesidad de realizar una EIA con apoyo en las medidas anticipadas de mitigación que se habían propuesto. Este argumento del señor Champion tuvo éxito ante el Tribunal Superior. Como lo resolvió el juez, en circunstancias en las cuales las medidas para prevenir la contaminación no han sido aún completamente identificadas, el Consejo no podía haber estado satisfecho con las medidas de mitigación propuestas, para concluir que con ellas se prevendría el riesgo de que los contaminantes llegaran al río. En el caso planteado ante la Suprema Corte no estaba en disputa que la opinión preliminar había sido legalmente defectuosa. El asunto principal para resolver era si, como lo había sostenido el juez, el permiso emitido posteriormente debía dejarse de lado.

La Suprema Corte decidió (en un fallo de mi autoría) que la omisión que llevó a no tratar esta propuesta como un desarrollo que debió ser sujeto

a una EIA fue una irregularidad procesal que no fue subsanada en la decisión final. Sin embargo, esta irregularidad no requería dejar el permiso de lado. Como habíamos sostenido en un caso previo, aun cuando se establece que hubo una violación legal, la Corte mantiene su poder discrecional para negar el remedio solicitado si el demandante ha logrado, en la práctica, disfrutar los derechos conferidos por la legislación europea y no ha existido un perjuicio sustancial. En este caso fue notable que cada una de las agencias regulatorias estaba satisfecha, después de varias revisiones, con independencia de la efectividad de las medidas propuestas; también el público estuvo plenamente involucrado y sus puntos de vista se tuvieron en cuenta, y el señor Champion no logró identificar puntos adicionales de preocupación.

En conclusión, notamos que, junto con quienes se oponían al proyecto, había otras personas que daban la bienvenida a su potencial contribución a la economía local. Fue desafortunado que esos beneficios fueron retrasados por el litigio durante más de cuatro años desde que los asuntos técnicos fueron resueltos por completo. Yo reiteraré mis palabras de un juicio previo: "Es necesario tener en mente que el procedimiento de EIA busca ser un apoyo a procesos eficientes e inclusivos de toma de decisiones en casos especiales, no una carrera de obstáculos".

2.3 Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias

2.3.1 Comentario a las sentencias Majul y Champion

Michael Hantke Domas

Introducción

El principio precautorio ha ido evolucionando con la aparición de variaciones en su conceptualización. Dos sentencias grafican esta tendencia, la argentina Majul y la británica Champion.

En Majul, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*. En tanto, en Champion la Corte Suprema del Reino Unido aplicó el principio precautorio, pero con matices.

Contenido y análisis

El caso Majul contra la municipalidad del Pueblo General Belgrano y otros cuestionó la construcción de un proyecto inmobiliario dentro de un área natural protegida y a orillas del río Gualeguaychú. En primera instancia se probó la existencia de construcciones que dañaron el medio ambiente, antes de ser aprobado el Estudio de Impacto Ambiental. El tribunal

de primera instancia acogió la acción y ordenó el cese de obras. En contrario, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó la decisión, puesto que existía una acción administrativa inconclusa promovida por el actor.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal, y mantuvo el cese de obras. La Corte sostuvo que no se había amparado la defensa del ambiente perseguida por el señor Majul; por cuanto, se habían contrariado la Ley General del Ambiente, y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro acqua*.

Los principios no se aplicaron en este caso como precautorios propiamente, pues, a pesar de la amenaza de daños, no se discutía la certidumbre científica de los mismos. El reproche sustancial fue la inobservancia de la protección de la naturaleza frente al formalismo procesal.

En el caso *Champion con North Norfolk District Council y otro*, un grupo de vecinos se opuso al permiso de construcción otorgado a una empresa para erigir silos de cebada y un estacionamiento de camiones. A su juicio, estas construcciones iban a impactar al río Wensum, un área de especial interés de conservación.

La acción fue acogida por la High Court, y dejó sin efecto el permiso. Para el tribunal de primera instancia resultaba incompatible que el municipio concediera el permiso ante la inexistencia de riesgo relevante que evaluar ambientalmente y, de manera simultánea, impusiera muestreos de calidad del agua y requerimientos de remediación en caso de ser necesario. Las posteriores apelaciones no prosperaron ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

Esta última Corte, de la mano de Lord Carnwath, sostuvo que la decisión apelada era correcta a la luz del principio precautorio. De esta manera, si en una evaluación no aparecían efectos sobre el medio ambiente a partir de la información entregada por el interesado, pero igualmente subsistían

dudas de su real impacto —como lo representaban la solicitud de muestreos y remediación—, se debía resolver en favor de realizar un estudio de impacto ambiental. En opinión de la Corte esto representaba una falta procedimental.

Conclusión

Las dos sentencias revisadas son muy importantes, pues ambas aplican el principio precautorio del derecho ambiental en sus propias jurisdicciones, pero con distinto alcance al clásico de este principio.

En el caso Majul, la Suprema Corte invoca los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* que se pueden entender no como precautorios, sino como directrices para priorizar la sustancia —protección ambiental— por sobre la forma —cuestiones procedimentales— (en la medida en que existan mínimos procesales respetados).

El caso Champion aplicó el principio precautorio, pero el acto recurrido no discurrió sobre riesgos ambientales; sin embargo, la Corte lo aplicó pues era imposible descartar riesgos ambientales y a la vez incorporar monitoreos por presuntos riesgos. Esta contradicción lógica debía salvarse en protección del medio ambiente.

Ambos casos aleccionan tanto sobre la imperatividad de apartarse de la máxima romana *in dubiis, abstine*; como sobre la necesidad que la *ratio decidendi* no recaiga en cuestiones procesales, sino en el fondo, que es la protección al medio ambiente.

2.3.2 Principio *in dubio pro natura*

Silvia Capelli

Introducción

El objetivo de esta opinión es analizar cómo se utiliza el principio *in dubio pro natura* como criterio hermenéutico o postulado normativo-aplicativo. Dicho principio desempeña un papel extremadamente relevante para despejar dudas, incertidumbres y oscuridades normativas relacionadas con conflictos y demás cuestiones jurídico-ambientales, entre otros asuntos. Para alcanzar esa finalidad, se lo contextualiza a partir de ejemplos extraídos de diversos fallos dictados por los tribunales superiores de América Latina. Asimismo, se busca diferenciarlo del principio precautorio y se presenta una lista ilustrativa de hipótesis en que su aplicación resulta recomendable.

Hoy en día, el pensamiento predominante sobre el sistema de normas jurídicas sostiene que éste se compone de principios y reglas, ergo, la regla no se confunde con la norma, cuya fuente puede ser un principio.

Los principios tradicionales de derecho ambiental son los siguientes: el preventivo, el precautorio, la reparación integral del daño, la función

social de la propiedad, la transparencia y la participación social. Recientemente se incorporaron el *in dubio pro natura* y el de no regresión.

El principio *in dubio pro natura* surgió en el escenario jurídico, ante todo, gracias a que lo adoptaron las cortes latinoamericanas.

Nuestro objetivo es diferenciarlo del principio precautorio —tal como lo hacen la Constitución de Ecuador y varios fallos dictados por los tribunales superiores de América Latina—, justificarlo y presentar una lista con ejemplos de casos en que puede utilizarse, con la finalidad de demostrar su importancia jurídico-dogmática para asegurar el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Contenido y análisis

Este principio establece que en caso de duda, oscuridad o incertidumbre por parte de las autoridades administrativas o judiciales sobre el alcance o la colisión de normas, principios o derechos fundamentales, cuando sea necesario reconocer un derecho sin reglas explícitas o en el momento de apreciar una regla ambiental en vigor, deberá resolverse del modo que más proteja o conserve el ambiente.

Se trata de un principio instrumental, interpretativo, metodológico o postulado normativo-aplicativo¹²⁶ para emplear la norma más favorable

¹²⁶ El concepto de postulado normativo-aplicativo se emplea en el presente trabajo de acuerdo con el desarrollo teórico formulado por Humberto Ávila. Afirma el autor: "*Los postulados normativos aplicativos son normas inmediatamente metódicas que establecen los criterios de aplicación de otras normas situadas en el plano del objeto de la aplicación. Así, se califican como normas sobre la aplicación de otras normas, es decir, metanormas.* Por ello, se denominan normas de segundo grado. En este sentido, siempre que se está ante un postulado normativo, hay una directriz metódica dirigida al intérprete relativa a la interpretación de otras normas. Por detrás de los postulados, siempre están aplicándose otras normas. [...] Los postulados funcionan de manera distinta a los principios y las reglas. En primer lugar, porque no se sitúan en el mismo nivel: los principios y las reglas son normas objeto de aplicación, los postulados son normas que orientan la aplicación de otras. En segundo lugar, porque sus destinatarios no son los mismos: los principios y las reglas se dirigen, primeramente, al poder público y a los contribuyentes; los postulados se dirigen en forma directa al intérprete y aplicador del derecho. En tercer lugar, porque no se relacionan de la misma forma con otras

al medio ambiente ante la duda, oscuridad o incertidumbre jurídica, haya o no enfrentamiento entre los derechos fundamentales o las normas aplicables al caso.

Se justifica su formulación por la disparidad habitual que existe entre las partes involucradas en los eventuales conflictos relativos al ambiente. Por un lado, se encuentran el medio ambiente y los intereses difusos y colectivos de una población que no cuenta con conocimientos científicos y técnicos sobre una actividad que puede afectarla; por el otro, la apreciación de las autoridades¹²⁷ administrativas o judiciales sobre un asunto jurídico que involucra una antinomia entre reglas, la ausencia de previsión normativa, la concreción de un concepto jurídico-normativo, el

normas: los principios y las reglas, por estar situados en el mismo nivel del objeto, se afectan en forma recíproca, ya sea de modo preliminarmente complementario (principios), ya sea de modo preliminarmente decisivo (reglas); los postulados, por estar situados en un metanivel, orientan la aplicación de los principios y las reglas sin la conflictividad necesaria con otras normas" (*"Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. [...] Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (principios), que de modo preliminarmente decisivo (reglas); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas"*). En Ávila, Humberto, *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 13a. ed., San Pablo, Malheiros Editores, pp. 142-143.

¹²⁷ Dispone "por 'autoridad competente' se entiende, para la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del presente Acuerdo, toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida en que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados". Acuerdo de Escazú, artículo 2, inciso b. Disponible en: «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf». [Consultado el 27 de marzo de 2020].

análisis de la prueba, el alcance temporal de la norma o la necesidad de integrarla en los sistemas y microsistemas jurídicos.

El tema central que deberá considerarse al resolver, más allá del objeto, será la vulnerabilidad del propio medio ambiente o de sus titulares, que no son sólo las personas físicas, uno o más individuos, sino la propia sociedad considerada en forma difusa, sujetos no necesariamente identificables, nacidos en la generación contemporánea del fallo o con posterioridad.

El reconocimiento del principio y la construcción de sus elementos provienen, en su mayoría, de los precedentes de las cortes latinoamericanas, de la doctrina y, finalmente, de su consolidación global, realizada en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de derecho en materia ambiental (principio 5).¹²⁸

Estudiaremos, a modo ilustrativo, los fallos de los tribunales superiores latinoamericanos que trataron el principio, como referencia para abordar los casos en que repercute.

Aplicación judicial

Argentina

En el proceso *Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental*,¹²⁹ promovido para que cesasen las

¹²⁸ Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en Materia Ambiental. Disponible en: «https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf». [Consultado el 2 de diciembre de 2017].

¹²⁹ *Ambiente: fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Secretaría de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3a. edición especial, Buenos Aires, 2019. Conforme con Zonis, Federico, "El fallo "Majul": Hacia una justicia ecológica", *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. 61, enero-marzo de 2020, p. 15.

obras destinadas a construir un barrio náutico en un espacio especialmente protegido (humedal) y para recomponer el ambiente, con fecha 11 de julio de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el *in dubio pro natura* y lo consideró un principio o postulado hermenéutico.

El Máximo Tribunal afirmó que en caso de duda, los jueces debían considerar el mencionado principio, aplicable a procesos administrativos y judiciales, de manera tal que la solución del conflicto fuese favorable para proteger y conservar el medio ambiente, como también que debían darles preferencia a las alternativas menos perjudiciales. Asimismo, agregó que no debían emprenderse acciones cuyos potenciales efectos adversos fuesen desproporcionados o excesivos con respecto a los beneficios que de ellos derivasen, de conformidad con la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, presentada en Brasilia, el 21 de marzo de 2018, en el marco del 8o. Foro Mundial del Agua, celebrado por la UICN.

Brasil

Desde el primer precedente del Superior Tribunal de Justicia, en 2009, se registran por lo menos 11 fallos que hacen referencia al *in dubio pro natura*.¹³⁰ Las primeras resoluciones aludían a la posibilidad de invertir la carga de la prueba en las acciones ambientales, versaban sobre intereses difusos/colectivos y conjugaban dicho principio con el precautorio.¹³¹

¹³⁰ Morato Leite, José Rubens y De Araújo Ayala, Patryck, *Dano ambiental*, 8a. ed., Río de Janeiro, Forense, 2020, p. 258.

¹³¹ Durante mucho tiempo, la doctrina discutió la posibilidad de aplicar la inversión de la carga de la prueba a los procesos ambientales, puesto que la regla que la establecía estaba prevista como derecho básico de los consumidores en la Ley No. 8078 (Código de Defensa del Consumidor, del año 1990) de forma *ope iudicis*, siempre que estuviesen presentes los requisitos de verosimilitud y carencia de recursos suficientes. Con motivo de una modificación de la Ley de Acción Civil Pública (del año 1985) promovida por el Código de Defensa del Consumidor, toda la parte procesal del último (defensa del consumidor en juicio), con disposiciones beneficiosas para los más vulnerables, se incorporó en la primera. Dado que el artículo que estipulaba la posibilidad de invertir la carga de la prueba no estaba en ese capítulo, una porción de la doctrina procesalista se resistía a aplicarla a las acciones ambientales. Éste es un caso típico de interpretación en caso de duda. A pesar de que la regla estuviese fuera del capítulo incluido en la ley que más se aplicaba para proteger el ambiente, su extensión a los temas ambientales era más favorable para defenderlo. Asimismo, los criterios exigidos para posibilitarle al juez que dispusiese la inversión también estaban presentes en las

La inversión de la carga de la prueba se consolidó en la jurisprudencia brasileña por medio de la Síntesis No. 618 del Superior Tribunal de Justicia (suma de decisiones reiteradas en el mismo sentido). Se adicionaron más funciones a la instrumental y procesal, por ejemplo, la de interpretar las normas ambientales de una manera más favorable, como en los siguientes casos:

- 1) Se facultó a la autoridad administrativa a paralizar una actividad sin necesidad de reconocer su ilicitud, como lo prescribe expresamente la ley aplicable.¹³²
- 2) Se dispuso que los adquirentes de un establecimiento rural inscribiesen el área perteneciente a la reserva natural obligatoria en el respectivo registro, a pesar de que el Código Forestal no contuviese una regla especificada sobre el asunto.¹³³

acciones ambientales. Por lo tanto, puede observarse que el empleo extensivo de la regla, incluso expresamente ajena al capítulo incorporado en la Ley de Acción Civil Pública, es un ejemplo muy claro de aplicación del principio para declarar el alcance de la norma más beneficiosa al ambiente. La jurisprudencia aplicó en forma amplia ese criterio hasta que se convirtió en una síntesis del Superior Tribunal de Justicia brasileño. Dispone la Síntesis No. 618: "La inversión de la carga de la prueba se aplica a las acciones por daño ambiental" ("A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental". Disponible en: «https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_48_capSumulas618.pdf» [consultado: 2 de abril de 2020].

¹³² En el recurso especial No. 1.668.652-PA, el Superior Tribunal de Justicia le concedió una interpretación más benéfica a la regla establecida en la Ley de Delitos e Infracciones Ambientales, que exige que se pruebe la ilicitud del acto administrativo impugnado. En el fallo se consideró que la creación judicial del requisito de ilicitud de la actividad total de la empresa, con el fin de suspender la medida preventiva dispuesta por la autoridad administrativa, otorgaba una interpretación contraria a los nobles propósitos del artículo 72 de la Ley No. 9605 (del año 1998), a saber: impedir, contener y desestimular cualquier modalidad de daño ambiental y, en la hipótesis de ataques a la flora, enfrentar con todo el rigor la acelerada deforestación ilegal, como también reprimir el comercio ilícito que, al mismo tiempo, la alimenta y le saca provecho. Brasil. Superior Tribunal de Justicia, recurso especial No. 1.668.652-PA, ministro Herman Benjamin (ponente), 27 de noviembre de 2018. Disponible en: «https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89648280&num_registro=201700861493&data=20190208&tipo=5&formato=PDF» [consultado: 4 de abril de 2020].

¹³³ Sustenta el fallo: "La cuestión, por lo tanto, versa definir si la referida norma, efectivamente, contempla el deber de requerir, en forma previa a cualquier pedido de rectificación, que se inscriba el área relativa a la reserva natural obligatoria. Tal deber no proviene literalmente de la disposición [...] La falta de exigencia expresa, sin embargo, no implica concluir que la inscripción no corresponda. Es necesario interpretar teleológicamente el artículo 16 del Código Forestal para determinar,

El Superior Tribunal de Justicia también ordenó que las obligaciones de reparación y recomposición *in natura* del daño¹³⁴ se cumpliesen en forma acumulativa. Asimismo, reconoció varios tipos de daño ambiental, como los transitorios, los verificados entre el momento en que se constata el perjuicio hasta que se produce la restauración, los futuros y los extrapatrimoniales colectivos.¹³⁵

con la mirada dirigida a todo el sistema de preservación ambiental, si lo pretendido por el Ministerio Público del estado de Minas Gerais merece acogimiento [...] La ley no aclara en qué oportunidad corresponde tal inscripción [...] liberar a los propietarios de efectuar la inscripción significa vaciar el contenido de la ley" ("A questão, portanto, diz respeito a definir se a referida norma efetivamente contempla uma obrigação de se promover, previamente a qualquer pedido de retificação, a averbação da reserva legal. Tal obrigação não decorre da literalidade do dispositivo [...] A inexistência de exigência expressa, todavia, não implica a conclusão de que ela seja descabida. É necessário interpretar teleologicamente o artigo 16 do Código Florestal para apurar, com os olhos voltados a todo o sistema de preservação ambiental se a pretensão do MP/MG merece guarida [...] A lei não esclarece em que oportunidade deve se dar tal averbação [...] desobrigar os proprietários da averbação é o mesmo que esvaziar o conteúdo da lei"). Brasil. Superior Tribunal de Justicia, recurso especial No. 1.356.207-SP, ministro Paulo de Tarso Sanseverino (ponente), 28 de abril de 2015. Disponible en: «https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1401520&num_registro=201202517096&data=20150507&formato=PDF» [consultado: 4 de abril de 2020].

¹³⁴ La jurisprudencia de algunas cámaras de los estados brasileños se resistía a ese cumplimiento acumulativo de las obligaciones, ya que el artículo 3 de la Ley No. 7347 (de 1985), que fundamenta esa posibilidad de acumulación, está redactado de la siguiente manera: "La acción civil podrá tener como objeto la condena al pago de una suma de dinero o el cumplimiento de la obligación de hacer o de no hacer" ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"). Esa conjunción disyuntiva o se interpretó, en un principio, en forma restrictiva para sustentar que la condena civil aplicable al contaminador era restaurar o indemnizar. Afortunadamente, la doctrina superó en forma paulatina esa manera de interpretar, y hoy en día incluso sostiene que hay una jerarquía en la obligación: restaurar, compensar e indemnizar, tal como se acogió de manera amplia en el Acuerdo de Escazú (artículo 8, 3., inciso g), y como se consagró en las decisiones del Superior Tribunal de Justicia con posterioridad. Brasil. Superior Tribunal de Justicia, recurso especial No. 1.669.185-RS, Ministro Herman Benjamin (ponente), 5 de septiembre de 2017. Disponible en: «https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1621780&num_registro=201700985056&data=20171020&formato=PDF» [consultado: 4 de abril de 2020]. La posibilidad de acumular las obligaciones de restaurar y reparar resultó en el dictado de la Síntesis No. 629 del Superior Tribunal de Justicia: "Con respecto al daño ambiental, se admite que se condene al demandado a cumplir las obligaciones de hacer o de no hacer en forma acumulativa con el deber de indemnizar" ("Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar"). Brasil. Superior Tribunal de Justicia, Síntesis No. 629. Disponible en: «https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_48_capSumulas629.pdf» [consultado: 4 de abril de 2020].

¹³⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justicia, recurso especial No. 1.255.127-MG, Ministro Herman Benjamin (ponente), 18 de agosto de 2016. Disponible en: «https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1100074&num_registro=201100914990&data=20160912&formato=PDF» [consultado: 4 de abril de 2020].

Por lo tanto, puede concluirse que en Brasil, el principio *in dubio pro natura* ha sido utilizado en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia con base en varios criterios: interpretación de la normativa ambiental en el sentido más beneficioso para el medio ambiente; empleo del principio instrumental para asegurar el equilibrio entre las partes del proceso (inversión de la carga de la prueba, carga dinámica de la prueba); apreciación sistemática y no aislada de las normas (inversión de la carga de la prueba establecida en el Código de Defensa del Consumidor, de práctica en la aplicabilidad de la Ley de Acción Civil Pública); especificación concreta de los tipos de daño ambiental (no limitados a los inmediatamente verificables) para describir las normas en forma minuciosa, incluso en lo relativo al aspecto temporal y a las esferas de la responsabilidad (cumplimiento de las obligaciones de restauración *in natura* e *in situ* juntamente con el deber de compensar e indemnizar), y reconocimiento de los daños acumulativos y sinérgicos. Además, la jurisprudencia clarifica que los perjuicios no son sólo personales (colectivos o individuales), sino también intrínsecos (al propio medio ambiente). Sobre las consecuencias, se incluyen los daños de carácter extrapatrimonial y material, ambos considerados de manera colectiva o individual.

Colombia

La Sala Plena de la Corte Constitucional identificó el principio *in dubio pro natura* como regla de interpretación en los siguientes términos:

6.5. En suma, para la Corte no ofrece duda que el cambio de paradigma que ha venido operando con el paso del tiempo ha implicado un redimensionamiento de los principios rectores de protección del medio ambiente, como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y

disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja.¹³⁶

Se reconoció y aplicó explícitamente el *in dubio pro natura* para despejar dudas ante un conflicto entre normas o preceptos, como también se destacó la necesidad de redimensionar los principios, su fortalecimiento y aplicación más rigurosa.

Costa Rica

La Corte Suprema de Justicia asemejó el principio *in dubio pro natura* al principio precautorio.

De acuerdo con Olivares y Lucero,¹³⁷ Costa Rica amplió el alcance del precepto en tres etapas diferentes. En la primera fase, en 1995, la Sala Constitucional de la Suprema Corte equiparó los principios preventivo y precautorio a la cláusula general de protección.¹³⁸ En la segunda, al sancionarse la Ley de Biodiversidad (No. 7788, de 1998, artículo 11, inciso 2), lo igualó al principio precautorio.¹³⁹ Esta equiparación se consolidó en la jurisprudencia de la Corte hasta que, en la tercera etapa, el tribunal superior flexibilizó los requisitos de gravedad de los potenciales daños, como también su irreversibilidad, presentes en el principio precautorio, aunque los trató como sinónimos. Afirman los autores:

¹³⁶ Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia No. C-449/15, Magistrado Jorge Iván Palacio (ponente), 16 de julio de 2015. Disponible en: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-449-15.htm>» [consultado: 1 de abril de 2020].

¹³⁷ Olivares, Alberto y Lucero, Jairo, "Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente", *Ius et Praxis*, Talca, vol. 24, núm. 3, diciembre de 2018. Disponible en: «https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300619». [consultado el 1 de abril de 2020].

¹³⁸ Costa Rica. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Resolución No. 05893-1995, expediente: 91-000201-0007-CO, Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda (ponente), 27 de octubre de 1995. Disponible en: «<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81791>» [consultado: 8 de abril de 2020].

¹³⁹ Costa Rica. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Resolución No. 05994-2017, expediente: 13-008478-0007-CO, Magistrado Fernando Cruz Castro (ponente), 26 de abril de 2017. Disponible en: «<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-711352>» [consultado: 8 de abril de 2020].

Así, operaba el criterio precautorio, como *in dubio pro natura*, también en situaciones de la actividad cotidiana de la sociedad y del Estado, que pasan a ser consideradas graves porque existe una menor tolerancia a los riesgos de daño ambiental, y por tanto, en el momento actual del Estado de derecho (constitucional ambiental), ya no son asumibles desde una perspectiva jurídico-política.¹⁴⁰

A continuación, se mencionan algunos casos ilustrativos.

En 2008, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en el caso Crucitas, proyecto de minería a cielo abierto respaldado por un decreto y sin plazo para finalizar las actividades. Al resolver el amparo interpuesto, el tribunal dispuso que la norma aplicable era otro decreto, que suspendía el permiso para talar árboles y desarrollar obras de infraestructura.

El proceso tiene dos particularidades interesantes sobre el *in dubio pro natura*:

- 1) La Corte Suprema se valió de una normativa orientada a proteger otro recurso natural, y extendió la suspensión del permiso a un tipo de obra diferente.
- 2) Se aplicó una ley posterior y más favorable para el medio ambiente, incluso cuando la actividad minera era lícita de acuerdo con la legislación en vigor.

En este caso, tenemos dos ejemplos de empleo del principio: interpretación más favorable de una norma ambiental (se suspendió un permiso) y aplicación retroactiva de una norma para alcanzar los actos regulados por otra.¹⁴¹

¹⁴⁰ Olivares, Alberto y Lucero, Jairo, *op. cit.*

¹⁴¹ Costa Rica. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Resolución No. 17970-2008, expediente: 08-016200-0007-CO, Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda (ponente), 9 de diciem-

En 2016, en otro proceso, la Sala Constitucional también dispuso aplicar la normativa más protectora del medio ambiente y de las comunidades indígenas, pero sin aludir en forma directa al *in dubio pro natura*.¹⁴²

En suma, el tribunal superior costarricense posee muchas decisiones que equiparan el principio precautorio al *in dubio pro natura*, como consecuencia de lo expuesto en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad,¹⁴³ que los utiliza, de manera indistinta, como criterios de interpretación. La Corte, a pesar de que en un primer momento los trató como si fuesen equivalentes, paulatinamente le concedió al principio *in dubio pro natura* un significado diverso, y le dispensó los requisitos de gravedad e irreversibilidad de los daños potenciales, característicos del principio precautorio. Asimismo, le otorgó un alcance temporal y temático diverso a la legislación ambiental, puesto que la hizo incidir sobre hechos acontecidos fuera del plazo de vigencia de la norma autorizante de cierta actividad y sobre otro tipo de emprendimiento, todo con el objetivo de brindarle al medio ambiente una protección mayor que la otorgada por la norma rectora.

Ecuador

El principio *in dubio pro natura* está previsto en el artículo 395, inciso 4, de la Carta Magna ecuatoriana:¹⁴⁴ "La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: [...] 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".

bre de 2008. Disponible en: «<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-437469>» [consultado: 8 de abril de 2020].

¹⁴² Costa Rica. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Resolución No. 05620-2016, expediente: 15-004211-0007-CO, Magistrado Paul Rueda Leal (ponente), 27 de abril de 2016. Disponible en: «<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-745861>» [consultado: 8 de abril de 2020].

¹⁴³ Costa Rica. Ley No. 7788, del 30 de abril de 1998. Disponible en: «http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=74714&strTipM=TC» [Consultado: 3 de abril de 2020].

¹⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 395, inciso 4). Disponible en: «https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf». [consultado el 1 de abril de 2020].

Con posterioridad, el Código Orgánico del Ambiente,¹⁴⁵ publicado el 12 de abril de 2017, conceptuó dicho precepto en su artículo 9, inciso 5, al disponer sobre su aplicación obligatoria por parte de las autoridades administrativas y judiciales: "*In dubio pro natura*. Cuando exista falta de información, vacío legal o contradicción de normas, o se presente duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicará lo que más favorezca al ambiente y a la naturaleza. De igual manera se procederá en caso de conflicto entre esas disposiciones".

Para Echeverría, se trata de un principio hermenéutico cuya definición es cerrada; su ámbito es restrictivo; su finalidad, interpretativa; se aplica excepcionalmente; no se confunde con el precautorio ni sirve para elegir la norma aplicable en caso de conflicto.¹⁴⁶

Como ejemplo jurisdiccional de aplicación del precepto, encontramos la Sentencia No. 230-18-SEP-CC,¹⁴⁷ de fecha 27 de junio de 2018, en la cual la Corte Constitucional aplicó en forma retroactiva la ley ambiental más favorable a hechos ocurridos antes de su sanción. El fallo condenó civilmente a la empresa Chevron por haberle ocasionado perjuicios a la floresta ecuatoriana. Tales daños se le atribuyeron a la firma Texaco, adquirida por aquélla en 2001, por hechos ilícitos resultantes de operaciones llevadas a cabo entre 1964 y 1990.¹⁴⁸ Al resolver, la Corte ecuatoriana se valió del principio *in dubio pro natura* para fundamentar la aplicación retroactiva de la ley ambiental más benigna.

Afirmó el tribunal superior:

¹⁴⁵ Código Orgánico del Ambiente de Ecuador del 12 de abril de 2017, artículo 9, inciso 5). Disponible en: <<https://www.ambiente.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2018/01/CODIGO_ORGANICO_AMBIENTE.pdf>. [consultado el 1 de abril de 2020].

¹⁴⁶ Echeverría, Hugo, "El principio *in dubio pro natura*. El caso ecuatoriano", inédito.

¹⁴⁷ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 230-18-SEP-CC, 27 de junio de 2018. Disponible en: <<<https://inredh.org/archivos/pdf/setencia-chevron.pdf>>>. [consultado: 8 de abril de 2020].

¹⁴⁸ "Ecuador ratifica condenação da Chevron por danos ambientais", *Estado de Minas*, Minas Gerais, 10 de julio de 2018. Disponible en: <<https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/07/10/interna_internacional,972602/ecuador-ratifica-condenacao-da-chevron-por-danos-ambientais.shtml>> [consultado: 1 de abril de 2020].

Para solucionar este caso concreto, no se puede decir que opera ni la irretroactividad de las normas a casos anteriores —bajo la forma general de seguridad jurídica y previsibilidad de las normas— ni la máxima jurídica jerárquica de solución de antinomias *lex posteriori derogat priori*, por cuanto la valoración para superar tal conflicto radica en el grado de protección que una ley posterior pueda dar a los derechos de la naturaleza. De ahí que, por ejemplo, si una ley nueva es más rigurosa en controles ambientales, ésta puede entrar en conflicto con una norma anterior de menor protección, decidiéndose en este caso por la *primacía pro natura* por sobre la seguridad jurídica y previsibilidad de la norma y debiendo aplicarse la norma posterior que protege al ambiente de la manera más rigurosa.¹⁴⁹

La Corte ecuatoriana discutía el conflicto entre la seguridad jurídica y la aplicación de la ley que, a pesar de ser posterior a los hechos, era más favorable para el medio ambiente, ergo, aplicó el precepto para declarar la incidencia de la ley ulterior más benigna.

México

El 14 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un fallo que abarcó innumerables temas de derecho ambiental, con mención expresa del Acuerdo de Escazú.

Al resolver el Amparo en Revisión No. 307/2016, el tribunal incorporó criterios de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también citó el acuerdo mencionado, considerando la necesidad de flexibilizar las reglas de los procesos. Por otro lado, en ese importante precedente, la Corte reconoció la doble dimensión del derecho humano a un ambiente sano, ya que señaló su carácter de derecho

¹⁴⁹ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 230-18-SEP-CC, 27 de junio de 2018 [en línea]. Dirección URL: «<https://inredh.org/archivos/pdf/setencia-chevron.pdf>» [consultado: 8 de abril de 2020].

autónomo, tanto individual como colectivo. Admitió, además, la legitimación activa amplia y destacó los principios de derecho ambiental, incluidos el *in dubio pro natura* y el de no regresión. En términos procesales, más allá de la legitimación amplia, creyó necesario disminuir la rigidez del principio dispositivo y ordenó la inversión de la carga de la prueba, todo ello con objeto de que la acción de amparo fuese un mecanismo procesal efectivo para proteger el medio ambiente, tanto en lo relacionado con los riesgos a los cuales estuviese sometido, como con la reparación integral de los daños eventualmente sufridos.

Diferencias con respecto al principio precautorio

Este precepto tiene origen en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que lo acoge como principio 15. Se funda en la idea de que la incertidumbre científica se mueve en favor del medio ambiente y se caracteriza por la acción anticipada frente a los riesgos o peligros desconocidos. El principio preventivo trata los riesgos ciertos; el precautorio va más allá, y se preocupa por los inciertos. Mientras que el primero está relacionado con los peligros concretos, el segundo se involucra con los abstractos o potenciales.

El principio precautorio, como es sabido, versa e incide sobre incertidumbres científicas. El documento mencionado establece que "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" (principio 15).

De la misma manera que el *in dubio pro natura*, el principio precautorio se encontró con varios obstáculos iniciales para su empleo. En palabras de Carla Amado Gomes, tuvo óbices sociológicos, por el potencial perjuicio a las mejoras tecnológicas; políticos, por la posible reducción de derechos soberanos al uso de los recursos naturales; económicos, por la

capacidad para frenar el desarrollo; jurídicos, por la dificultad para definir su naturaleza y la imprecisión de las opiniones técnico-periciales sobre los riesgos y daños futuros; tecnológicos, por poder paralizar el progreso técnico, y científicos, en función de la dificultad para demostrar los riesgos.

Se discutió el propio contenido, alcance y significado del vocablo. En la versión en inglés del principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, por ejemplo, se consignó "serious or irreversible damage", mientras que la versión en español dice "daño grave o irreversible", lo cual de por sí permite cuestionar la naturaleza del riesgo, si es grave, serio o de grandes dimensiones. Hay tres posturas sobre dicha naturaleza: 1) maximalista: propone garantizar el riesgo cero. Suspende la actividad o la cancela definitivamente; 2) minimalista: los riesgos deben ser serios e irreversibles para que se aplique el principio. No admite suspensiones; 3) intermedia: para que se aplique el principio, los riesgos deben ser científicamente verosímiles. No rechaza eventuales suspensiones.

El principio *in dubio pro natura*, en su condición de precepto instrumental y hermenéutico, podrá o no conjugarse con las hipótesis en que repercute el principio precautorio. Todo dependerá de la especie de duda o interpretación jurídica requerida para resolver la situación concreta, como se discutirá luego.

Según lo expresado por Bryner, es necesario un principio análogo (al precautorio) que proteja el derecho humano a un ambiente saludable, ya que la propia ley puede crear riesgos de daños irreversibles al medio ambiente, sobre todo en los casos en que entran en conflicto los derechos fundamentales. *In dubio pro natura* es una respuesta a esos riesgos y un principio de reparación necesario, en un sistema en que los intereses económicos se ejercen en detrimento de los intereses de la sociedad, de la cultura y del ambiente. Las actividades que puedan causarle riesgos al

medio ambiente se someten, en caso de duda, a una interpretación que lo favorezca, de forma tal que se equilibre esa desigualdad.

In dubio pro natura trata las incertidumbres normativas o jurídicas. Sirve como un principio metodológico para cooperar en los análisis de quienes toman decisiones (autoridades administrativas o judiciales) con el fin de llegar a la interpretación más beneficiosa para el medio ambiente. Se trata de una metanorma que, en su condición de instrumental e interpretativa, es abierta. Ello proporciona un gran espacio de concreción y posibilita que se desarrollen muchas hipótesis de incidencia, estructuradas a partir de casos concretos, tal como se vio en los fallos judiciales estudiados, que evidencian la aplicación del principio en América Latina desde hace más de dos décadas.

Otra diferencia entre el principio *in dubio pro natura* y el precautorio es que éste actúa antes de que la actividad se inicie, mientras que aquél puede repercutir antes, durante o después, es decir, cuando el daño ambiental ya existe.

Es posible observar que, a lo largo de los años, las cortes latinoamericanas reconocieron e incluyeron en el precepto *in dubio pro natura* otros elementos, más allá de los encontrados en el principio precautorio.

A partir de tales distinciones y con base en los fallos expedidos en los países mencionados, intentaremos identificar, con ejemplos meramente ilustrativos, algunas hipótesis de aplicación del principio objeto de este trabajo.

Ejemplos de interpretación en el empleo del principio *in dubio pro natura*

La vulnerabilidad intrínseca al medio ambiente o a los titulares del derecho a un ambiente sano, difusamente considerados, es la clave y el punto de partida de cualquier perspectiva analítica de las hipótesis en que

incide el precepto. El derecho público y el privado reconocen en forma amplia instrumentos que aspiran a equilibrar desigualdades, como los principios *favor debitoris*, *favor debilis*, *pro persona*, e *in dubio pro reo*. La raíz está allí, a pesar de que la posibilidad de aplicar el precepto pueda examinarse desde varias perspectivas. Todo dependerá de los marcos constitucionales y legislativos, como también de la época en que se dictaron las decisiones citadas en el presente estudio.

In dubio pro natura siempre será un principio hermenéutico para resolver una duda, incertidumbre, oscuridad o antinomia normativa o jurídica. En los casos de antinomia, aquél puede significar que se dejen de lado otros principios interpretativos tradicionales, como el de especialidad, el de absorción, el *tempus regit actum*, el *lex posteriori derogat priori*, etc. Podrá aparecer en la forma de interpretar una norma extensivamente, ya sea sobre su contenido o su plazo de vigencia, ante un conflicto entre normas o disposiciones, y versará o no sobre derechos fundamentales. Más allá de eso, el precepto podrá aplicarse para interpretar un sistema de manera integradora, cuando no exista una regla, no haya información para fundamentar un fallo o cuando esa información sea insuficiente. También resultará útil como mecanismo de control frente a decisiones arbitrarias.

Al igual que varios fallos judiciales dictados por los tribunales superiores latinoamericanos, *in dubio pro natura* fue reconocido principio internacional de derecho ambiental en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de derecho en materia ambiental, en el marco del Congreso Mundial de Derecho Ambiental celebrado por dicha organización, reunido en Río de Janeiro, del 26 al 29 de abril de 2016. El documento lo menciona de la siguiente manera:

Principio 5 - *In dubio pro natura*

En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de

manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

Consta también en la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, como principio 6, y en la Declaración del Ministerio Público sobre Justicia Hídrica, como principio 7, ambas presentadas durante el ya mencionado 8o. Foro Mundial del Agua.

A partir de la aplicación del principio realizada por las cortes latinoamericanas, podemos sugerir hipótesis o ejemplos de empleo:

a) Identidad con el principio precautorio: hay innumerables fallos, especialmente de la Corte de Costa Rica, país precursor de la aplicación del precepto, en los que el *in dubio pro natura* equivaldría al principio precautorio. En esos supuestos no habría necesidad de distinguir las decisiones, por la cancelación de la actividad, de aquellas que interpretan una duda o incertidumbre relativa a una norma jurídica. Las faltas de certeza científica exigen, en esos casos, que las actividades cuya cancelación se dispondrá sean capaces de ocasionar riesgos de daños serios, graves o irreversibles, requisitos propios del principio precautorio. Tal perspectiva se encuentra superada en la actualidad por la Sala Constitucional del tribunal superior costarricense.

b) Principio precautorio ampliado: se aplica el principio *in dubio pro natura* como equivalente al precautorio, abstrayéndose la potencialidad de generar daños serios, graves o irreversibles. Asimismo, el primero pasa a justificar conductas del segundo, incluso sin la presencia de todos sus requisitos, tal como se reconoció en el fallo de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica.

c) Interpretación de la propia norma mediante un sentido o alcance más protector: ésta es la postura de ciertos fallos brasileños en los que se ordenó

lo siguiente: i) dispensar el análisis de ilicitud de la actividad exigido por la norma rectora (artículo 70, § 3, de la Ley No. 9605, de 1998) para justificar la medida preventiva que ordenó su paralización, dispuesta por la autoridad administrativa; ii) ordenar a los compradores de un establecimiento rural la inscripción del área perteneciente a la reserva natural obligatoria en el respectivo registro, a pesar de que la legislación específica no lo exigiese (Código Forestal). En el último caso, es posible percibir que el principio de especialidad cedió ante la interpretación extendida.

d) Ampliación temporal del alcance de la norma: los tribunales superiores de Costa Rica y Ecuador fallaron de esa manera al ordenar que se aplicase la legislación más favorable para el medio ambiente en forma retroactiva, incluso cuando la vigencia de la norma no coincidía con la época de los hechos.

e) Significado normativo ampliado para comprender situaciones análogas: es el caso costarricense ya citado. Para alcanzar otro tipo de actividad, se le otorgó a la norma aplicable un sentido más abarcador (suspensión del permiso para talar árboles extendido a la actividad minera).

f) Clarificación del contenido de la norma por medio de conceptos más explícitos y ampliados: en un fallo del Superior Tribunal de Justicia brasileño se destacaron las esferas de responsabilidad autónomas y acumulativas en lo referente a los tipos de daño ambiental (cumplimiento de las obligaciones de restauración *in natura* e *in situ* y de reparación, junto con el deber de compensar o indemnizar), como también la existencia de los llamados daños acumulativos y sinérgicos. Asimismo, en lo tocante al aspecto temporal, detalló el tribunal los tipos de daños acumulables con los inmediatos, como los transitorios, los verificados entre el momento en que se constata el perjuicio hasta que se produce la restauración y los futuros, además de los que sufrirían las próximas generaciones. Con respecto a la titularidad, resaltó no solo los perjuicios personales y colectivos, sino también aquellos intrínsecos y extrapatrimoniales, los que padecerían la generación actual y las venideras.

g) Extensión del contenido de la norma en casos de ausencia de reglas o vacío legal: las vías para interpretar estos casos son similares en los países latinoamericanos. Establece el artículo 2 del Código Civil y Comercial argentino: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Dispone el artículo 4 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño: "Cuando la ley omite, el juez resolverá el litigio de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho". Asimismo, prescribe el artículo 5 de la misma norma: "El juez, al aplicar la ley, deberá atender a los fines sociales a los que aquélla se dirige y a las exigencias del bien común". Por su parte, el artículo 9, inciso 5, del Código Orgánico del Ambiente ecuatoriano permite utilizar el principio *in dubio pro natura* en casos de vacío legal. A pesar de que dicho precepto no pueda considerarse un principio general de derecho, dado que, además de ser instrumental posee un campo de aplicación específico (más correspondiente con el principio de no regresión), se lo concibe para servir como regla interpretativa. Ahora bien, un caso ilustrativo de duda es aquel en el que debe decidirse cuál es la norma aplicable si no hay un texto normativo que regule expresamente la cuestión. En la jurisprudencia brasileña podemos encontrar ejemplos de ese tipo, ya que se reconocieron daños extrapatrimoniales, se dispuso la imprescriptibilidad de las acciones ambientales y se estableció la responsabilidad solidaria de entes contaminadores.

h) Medidas procesales que facilitan el acceso a la justicia: *in dubio pro natura* se utiliza ampliamente en cuestiones procesales, por ejemplo, las que garantizan procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, sin costos o sin costos prohibitivos, las que admiten la legitimación activa amplia, las que conceden medidas cautelares, provisionales, preventivas y urgentes, y también en cuestiones relacionadas con el aspecto probatorio, como la inversión de la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba y la reconsideración del principio dispositivo.

i) Interpretación sistemática de la norma: en Brasil, se admite invertir la carga de la prueba por medio de un análisis conjunto del Código de Defensa del Consumidor y de la Ley de Acción Civil Pública. La regla que permitía esa inversión estaba fuera del capítulo incorporado en la ley mencionada, aplicable en materia de tutela ambiental.

j) Desproporción entre los beneficios y los daños: la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina aplicó el precepto *in dubio pro natura* en un caso en el que los efectos adversos eran desproporcionales o excesivos con respecto a los beneficios derivados. En el fallo, se estableció con claridad la diferencia entre el principio preventivo y el precautorio. No se trató de una concepción ampliada del último, puesto que no se consideró la amplitud, la severidad o la gravedad de los posibles daños, sino su proporción.

k) Conflictos entre normas o derechos fundamentales: en regla, el principio se utiliza para resolver contiendas entre normas o derechos básicos.

In dubio pro natura no se aplica en cualquier situación de conflicto, sino en caso de duda. En su carácter de postulado normativo-aplicativo, es decir, como "norma metódica o metanorma apta para orientar la aplicación de otras normas", debe utilizarse para servir a la ponderación, y ésta no puede olvidarlo, puesto que orienta el empleo de las normas caracterizadas como directrices o mandatos de optimización, en palabras de Alexy, muchas de las cuales se definen como derechos fundamentales.

Uno de los elementos de la ponderación para verificar la eventual ausencia de proporcionalidad es la seguridad de las premisas empíricas que apoyan la intervención en el medio ambiente o en la propiedad, considerado el clásico conflicto entre derechos fundamentales, presente en el derecho ambiental. Esta área de incertidumbre es lo que Alexy denomina espacio epistémico. Si las premisas analizadas para despejar la duda son fácticas, el espacio epistémico será empírico; si son normativas, será normativo.

Cuanto más se interviene en un derecho fundamental, mucho más alta debe ser la certeza de las premisas que apoyan la injerencia. En suma, en casos de colisión de derechos fundamentales, la falta de seguridad juega en contra de intervenir el derecho básico ambiental que se analiza. La inseguridad vulnera el principio de proporcionalidad, ergo, no puede justificarse.

Dicho de otro modo, como afirma Zanetti, no es correcto utilizar los principios de proporcionalidad y razonabilidad para decidir contra el medio ambiente, sobre todo a favor de intereses económicos y políticos relacionados con el derecho a la propiedad, sin antes superar la carga argumentativa representada por el postulado normativo-aplicativo *in dubio pro natura*.

Conclusión

In dubio pro natura es un principio metodológico o postulado normativo-aplicativo que en caso de duda o incertidumbre jurídica conduce a una solución favorable para el medio ambiente. Puede utilizárselo en innumerables circunstancias, como se intentó demostrar mediante ejemplos en este texto.

Afecta el empleo tradicional de la ponderación por cuestionar la certeza de las premisas necesarias para los juicios de valor. Cuando hay incertidumbres sobre las premisas —es decir, cuando hay dudas— no puede hablarse de ponderación, pues no existe la proporcionalidad. *In dubio pro natura* es el resultado de la desigualdad que existe en las relaciones jurídicas relacionadas con la protección del ambiente, incluidas la generación actual, las futuras, la propia naturaleza y las comunidades que la habitan, todas consideradas vulnerables por el derecho, como los indígenas, las comunidades tradicionales, etc. El precepto busca equilibrar una situación de inequidad y aspira a darles un trato diferenciado a los más vulnerables.

A pesar de que la interpretación fáctica y la jurídica puedan coincidir al combinar el principio *in dubio pro natura* con el precautorio, o con una versión ampliada de éste, los preceptos no pueden confundirse, puesto que el primero actúa frente a la incertidumbre de una cuestión jurídica, mientras que el segundo versa sobre una falta de certeza científica. Más allá de ello, el *in dubio pro natura* incide antes y después del daño, mientras que el precautorio es necesariamente preventivo, es decir, se le evalúa antes de que se ejecute una actividad capaz de generar riesgos inciertos.

In dubio pro natura es una extensión lógica de conceptos similares de otras ramas del derecho, concebidos para proteger los intereses de los vulnerables o menos representados. Actúa como referente para enfrentar las incertidumbres legales que aparecen cuando se interpretan leyes o se toman decisiones en materia ambiental.¹⁵⁰

Es imprescindible que las legislaciones de todos los países adopten dicho precepto como un principio de derecho internacional relativo al ambiente, a efectos de que pueda ayudar a quienes toman decisiones a fallar en forma justa y fundamentada frente a la vulnerabilidad de aquél y al espectro colectivo, y muchas veces incommensurable, de los daños ambientales.

¹⁵⁰ Bryner, Nicholas, *op. cit.*

2.4 Análisis comparado y conclusión

Claudia S. de Windt

El precedente británico define la continuación de un desarrollo agroindustrial basado en el incumplimiento de una formalidad por parte del recurrente al no haber evidencia de un perjuicio o de los daños ambientales alegados. Como lo concluyó la Corte,

También es notable que el propio Sr. Champion, al haberse dado la oportunidad de plantear cualquier punto de preocupación específico que no estuviera cubierto por Natural England antes de la decisión final, no pudo hacerlo. Ése sigue siendo el caso. No se trata de imponerle al recurrente la carga de la prueba, sino más bien poner de relieve la ausencia de elemento sustantivo que pueda esgrimirse en contra del conjunto de materiales que apuntan en sentido contrario.¹⁵¹

Apegándose a las formas tradicionales la Corte Suprema negó el recurso de apelación. En la decisión se explica que aun cuando hubo omisiones

¹⁵¹ Véase la sentencia del caso Champion.

en el procedimiento de evaluación, pudieron tomarse medidas de mitigación previas a la autorización del proyecto conforme al principio precautorio y de una evaluación de impacto ambiental que era requerida. Aunque no existió una evaluación como la que el peticionario solicitó, esto no fue obstáculo para que hubiese la debida diligencia e investigación por parte de la autoridad. El fallo reitera el holding *en R (Jones) v Mansfield District Council* (2003) EWCA Civ 1408:

57. El recurrente (financiado con fondos públicos) vive cerca del lugar y comparte con otros residentes locales una preocupación genuina por proteger su entorno. En retrospectiva, la empresa pudo haber ahorrado tiempo si hubiera contado con una EIA desde el principio. Sin embargo, cinco años después, es difícil ver qué beneficio práctico, aparte del retraso del desarrollo, resultaría para él o para cualquier otra persona si se hace la aplicación a través de este procedimiento adicional. 58. Hay que tener en cuenta que el proceso de la EIA pretende ser una ayuda a la toma de decisiones eficiente e inclusiva en casos especiales, no una carrera de obstáculos. Además, no resta importancia al deber ordinario de la autoridad, en el caso de cualquier solicitud de planificación, de informarse a sí misma de todas las cuestiones pertinentes y de tenerlas debidamente en cuenta al resolver el caso.

El caso Jones se decidió en un momento en que el alcance de la facultad discrecional del tribunal para rechazar la compensación en tales casos era menos claro. Era de esperarse que este recurso haya permitido al tribunal establecer una orientación más clara en cuanto a las circunstancias en las que puede denegarse la medida cautelar incluso cuando se haya establecido una irregularidad. En casos futuros, el tribunal que considere una solicitud de autorización para iniciar un procedimiento de revisión judicial debe tener en cuenta la probabilidad de que se conceda una medida cautelar, incluso si se establece una irregularidad. A pesar del defecto jurídico del procedimiento que condujo en el caso *Champion* a la concesión de un permiso de planificación para desarrollar un proyecto, el tribunal conserva un margen de apreciación para denegar la

compensación si el solicitante ha podido disfrutar en la práctica de los derechos conferidos por la legislación europea y no existe ningún perjuicio sustancial.

Por otro lado, en el caso argentino la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de un recurso extraordinario federal, revocó el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos al considerar arbitraria la sentencia recurrida, por incurrir en una apreciación meramente ritual e insuficiente, omitir considerar el derecho a vivir en un ambiente sano (artículo 41 de la Constitución Nacional y artículo 22 de la Constitución Provincial) y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, prevención, utilización racional, de equidad intergeneracional, progresividad y responsabilidad (artículo 83 Constitución de la Provincia).

En su fallo, el Máximo Tribunal argentino destacó que el objeto de la acción de amparo era más amplio que el reclamo de la municipalidad de Gualeguaychú y que constaba en la causa que se había producido una alteración negativa del ambiente —aun antes de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental—. Destacó la importancia del cuidado de las cuencas hídricas y los sistemas de humedales.

En particular, dijo la Corte, el TSJ no tuvo en cuenta que la Provincia tiene a su cargo la gestión y uso sustentable de las cuencas hídricas y los sistemas de humedales (artículo 85 Constitución Provincial). Que la cuenca hídrica es una unidad, y un sistema integral. Que los humedales (RAMSAR 1997) cumplen una función vital en materia de control de crecidas e inundaciones, protección de tormentas, recargas de acuíferos y retención de sedimentos y agentes contaminantes; destacó, además, que los humedales cubren sólo 2,6% de la tierra, registrándose actualmente una pérdida global de los mismos debido a la actividad antrópica de 54%.

La Corte destaca que en el caso resultan de aplicación no sólo los principios de política ambiental referidos, sino también en especial el princi-

pio precautorio —artículo 4 ley 25675, que tiene jerarquía constitucional en Entre Ríos—, y dos principios novedosos de la especialidad: el *in dubio pro natura* (Declaración de UIC, Congreso Mundial de Derecho Ambiental, Río de Janeiro, 2016) y el principio *in dubio pro aqua* (8o. Foro Mundial del Agua, Brasilia, Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, 2018, Naciones Unidas/UICN).

La Corte recuerda que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta sólo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente. La Corte señaló que los jueces deben considerar los siguientes principios:

a. Al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 de la Ley 25.675).

b. El principio *in dubio pro natura* que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza —UICN—, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

c. El principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua 'deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia

Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

Estos principios, y en particular el precautorio, si bien no se aplican explícitamente en *Champion*, son de aplicación implícita en el mismo.

III. Desarrollos jurisprudenciales en relación con las actividades económicas y el impacto de la contaminación en la salud y el medio ambiente

3.1 Sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado

Los dos fallos analizados en la antología con este tema se refieren a conflictos en los cuales los tribunales competentes analizaron el riesgo e impacto ambiental causado por la contaminación que resulta o puede resultar de diferentes actividades económicas y su incidencia en el desarrollo sustentable.

En el primer caso, en Chile, la Corte Suprema de Justicia analizó los agravios planteados por varios ciudadanos e instituciones para la defensa de los derechos humanos, así como organizaciones no gubernamentales, respecto de un pasivo ambiental histórico causado por un complejo industrial en el cual se llevan a cabo actividades como la refinación de petróleo, a partir de las cuales se emiten gases y compuestos contaminantes que han causado graves impactos en la salud y el medio ambiente de comunidades vecinas. En el segundo caso, la Corte Ambiental y de Tierras de Nueva Gales del Sur resolvió un conflicto que surgió por el planteamiento de un nuevo proyecto de minería de carbón con impactos visuales y ecosistémicos a comunidades aledañas, y que además se

encontró perjudicial para el cumplimiento nacional de las metas de mitigación del cambio climático.

En ambos fallos la jurisdicción apoderada considera las repercusiones relativas a la justicia ambiental y la desproporción de los impactos de las cargas ambientales. En el caso chileno la suspensión de la actividad económica e industrial y la búsqueda de la causa de la contaminación, intoxicación e impactos a la salud, y en el caso australiano, el rechazo al desarrollo de un nuevo proyecto minero ante los posibles impactos socioeconómicos y ambientales en un momento en que el mundo busca reducir las emisiones a los gases de efecto invernadero como una medida indispensable para mitigar el cambio climático global. En ambos casos, prevalecen la prevención y la precaución y el control de la convencionalidad en la labor constitucional de hacer justicia ambiental.

3.1.1 Caso Quintero Puchuncaví. Febrero 2019. Folios Nos. 27.007-2019 y 27.054-2019. Corte Suprema de Chile. Rol 5888-2019, Caratulado: Francisco Chahuan Chahuan contra Empresa Nacional de Petróleos, Enap S. A. Caso Quintero Puchuncavi

Hechos

Un grupo de personas conformado por representantes populares, servidores públicos, ciudadanos y organizaciones civiles¹⁵² interpusieron más de 10 recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra de autoridades estatales, así como empresas públicas y privadas relacionadas con la operación del Complejo Industrial Ventanas.¹⁵³ En sus acciones judiciales argumentaron que las industrias demandadas provocaron durante varios días y en episodios repetidos una alerta de contaminación por la generación de gases y compuestos químicos en las comunas de la región Quintero, Ventanas y Puchuncaví, causando

¹⁵² Incluyendo entre otras instancias, el Instituto de Derechos Humanos; la Defensora de la Niñez; la Corporación Fiscalía del Medio Ambiente y organizaciones no gubernamentales como Ecosistemas y Greenpeace.

¹⁵³ Por ejemplo, la sentencia refiere que en el sitio operan distintas instalaciones empresariales destinadas a la explotación de actividades de diversa índole, entre las que se incluyen una refinería de petróleo, en la que, además, se almacena y luego se distribuye el combustible producido, y una fundición y refinería de concentrado de cobre.

afectaciones a la salud de la población. Denunciaron que las autoridades estatales no actuaron de manera coordinada e incumplieron con sus deberes de prevención, control, sistematización de información, fiscalización y sanción a fin de evitar o aminorar el impacto ambiental y la contaminación.

En sus informes judiciales las autoridades recurridas solicitaron desestimar los recursos. Argumentaron que se adoptaron diversas medidas para proteger a la población, que fueron oportunas, razonables y proporcionales para afrontar la situación.¹⁵⁴

La Corte de Apelaciones negó la protección solicitada, frente a lo cual, varios de los accionantes impugnaron la sentencia ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, manifestando como agravios que el Estado estaba violando los compromisos internacionales asumidos en tratados como el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono; el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, y el Convenio de Basilea sobre el Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos.

Refirieron también que el Ministerio del Medio Ambiente había incumplido con su obligación de generar y recopilar información en el Registro de Emisiones y Transferencia de Contaminantes información técnica y científica para preservar la calidad ambiental y prevenir la contaminación atmosférica. En su opinión, la actuación tardía del Ministerio de la Salud en la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar efectivamente

¹⁵⁴ Refirieron como ejemplo de las acciones realizadas, entre otras, la declaración de Alerta amarilla en Quintero y Puchuncaví; la suspensión de las faenas de algunas empresas y la formulación de cargos por infracciones ambientales; la entrega a las autoridades locales de un equipo portátil de monitoreo de gases; la supervisión directa por el Estado, desde septiembre de 2018, de las redes de monitoreo de la calidad del aire en el sector; el inicio de una auditoría internacional que tiene por fin rediseñar la mencionada red de detección; formulación de consultas y peticiones de asesoría y ayuda a organismos y el ingreso a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón para implementar antes del final de 2018 de un nuevo Plan de Descontaminación para las zonas declaradas saturadas.

la salud y bienestar de la población se traduce asimismo en un incumplimiento de sus obligaciones constitucionales de control de las actividades contaminantes y riesgosas para la salud y el medio ambiente.

La Corte Suprema revocó la sentencia y ordenó a las autoridades responsables actuar de manera coordinada para reparar la grave afectación al medio ambiente, así como la integridad física y psíquica, la vida y salud de los habitantes de las comunas afectadas por la contaminación, poniendo especial atención en los grupos más vulnerables.

Criterios de la Corte Suprema de Justicia de Chile

1. En la situación general de grave contaminación de la bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví se entrelazan posibles afectaciones a tres derechos fundamentales, en particular, la vida de las personas, su salud y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo pertinente analizar su eventual vulneración en conjunto, puesto que una afectación sería de la salud por causa de una emergencia ambiental severa, amenaza también la vida y, en todo caso, la integridad física o, cuando menos, psíquica, de las personas.

2. El Ministerio de Medio Ambiente está sujeto al cumplimiento de diversas obligaciones, entre las que se cuentan la de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en que Chile sea parte en materia ambiental; la de administrar un Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, y la de generar y recopilar la información técnica y científica precisa para la prevención de la contaminación y la calidad ambiental, en lo particular lo referente a la contaminación atmosférica y el impacto ambiental. En el caso, existiendo modos concretos y conocidos, o al menos fácilmente concebibles, para estudiar y generar los conocimientos necesarios para abordar la grave situación de contaminación atmosférica existente en la zona, la autoridad se ha limitado a realizar algunas actuaciones claramente insuficientes para tal fin, reaccionando tan sólo una vez acaecidos los muy serios hechos que dieron origen a esta causa.

3. La Corte Suprema reconoce que impulsar el desarrollo económico es una pretensión legítima del Estado para mejorar la calidad de vida de las personas. Aun así, los procesos de desarrollo deben considerar e integrar la protección del medio ambiente y conservación de la diversidad biológica, y además deben responder equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras, para alcanzar el desarrollo sostenible. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos se traduce en una violación del concepto de desarrollo sustentable, reconocido en el derecho interno y en los tratados y convenciones internacionales que rigen la materia ambiental.

4. Si no existe información disponible que permita determinar las causas o fuentes de un evento de contaminación, y por ende no se pueden determinar las consecuencias y responsabilidades de los hechos, debe recurrirse a los principios precautorio y preventivo que rigen la materia ambiental, para identificar cuáles son los compuestos químicos que pudieron haber generado los eventos de contaminación y sus efectos en la vida de las personas, su salud y en el medio ambiente.

Análisis jurisprudencial

Además de los argumentos jurídicos de la Corte, es importante tomar en consideración que el contexto en que se desarrolla esta controversia judicial es el de un sector rural costero de la zona central de Chile, donde se instaló una empresa de refinería de petróleo y un conjunto de otras industrias. Estas actividades industriales han afectando a los habitantes de la zona y familias que viven del trabajo relacionado con estas empresas y el mar. Los habitantes de las comunas han denunciado por más de 30 o 40 años que se ha perjudicado su salud por las diferentes vías de contaminación de este sector industrial, en especial, por el material particulado fino respirable MP10 de las vías áreas. Los demandantes en esta ocasión solicitaron que se establezca un plan de descontaminación y la paralización de las fuentes contaminantes. La base de su petición descansa en el impacto acumulativo de la contaminación asociada a la acti-

vidad económica e industrial de la región, la cual ha generado un pasivo ambiental histórico. El marco legal pertinente e implicado va desde la normativa constitucional, a legislación sectorial y acuerdos internacionales suscritos por el Estado chileno.

La Corte Suprema decidió así que era preciso abordar las cuestiones de fondo desde una visión de conjunto sobre las potenciales transgresiones a los derechos a tres derechos fundamentales: la vida de las personas, su salud y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, "puesto que una afectación seria de la salud por causa de una emergencia ambiental severa, amenaza también la vida y, en todo caso, la integridad física o, cuando menos, psíquica, de las personas" (pág. 14, párr. 2).

Aunque en años anteriores se dedujeron diferentes acciones que no tuvieron éxito, en esta ocasión, por medio de una acción constitucional o amparo constitucional denominado Recurso de Protección, que cautela las garantías básicas; la vida, salud y un medio ambiente libre de contaminación interpuesta en los tribunales de segunda instancia —Cortes de Apelaciones—, la Tercera Sala de la Corte Suprema tuvo conocimiento del recurso de protección presentado en contra de la resolución pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Por medio de este recurso, la Corte Suprema constató la afectación de las garantías de la salud, la vida y el medio ambiente, sin poder precisar responsabilidades individuales de las empresas y las autoridades, pero igualmente determinó que se estaba ante un sector saturado conforme a la normativa respectiva en cuanto a la contaminación por los diferentes productos que se señalaban por los recurrentes que estaban presentes en la atmósfera, en el agua y en la tierra.

En efecto, la Corte pone de manifiesto la inacción de los órganos públicos dependientes del Ejecutivo y como ésta ha implicado desatender la integridad física y psíquica de los vecinos de las comunas de Quintero y Puchuncaví, así como su bienestar, entendido este último como expre-

sión plena y concreta de un buen estado de salud. En ese contexto, en el cual hay un reconocimiento de que la ineffectiva acción de los órganos estatales dependientes del Poder Ejecutivo se extendió por largos años, desatendiendo la integridad de los habitantes de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, la Corte Suprema estableció que las omisiones de que se trata revisten tal gravedad que es posible entender que, al no obrar de manera efectiva, las autoridades recurridas pusieron en riesgo, a través de una amenaza cierta e incontestable, la salud e, incluso, la vida de las personas en favor de quienes se recurrió.

Después de revisar las obligaciones que los instrumentos internacionales y las leyes imponen a las autoridades responsables de garantizar los derechos a la vida, la salud y el medio ambiente de todas las personas en Chile, así como las acciones que las instituciones públicas manifestaron haber realizado, la Corte estableció que:

existiendo modos concretos y conocidos, o al menos fácilmente concebibles, para estudiar y generar los conocimientos necesarios para abordar la grave situación de contaminación atmosférica existente en la zona, la autoridad se ha limitado a realizar algunas actuaciones claramente insuficientes a tal fin, reaccionando tan sólo una vez acaecidos los muy serios hechos que dieron origen a esta causa (pág. 28, párr. 3).

La sentencia interpretó también de manera amplia las obligaciones derivadas del principio del desarrollo sustentable. En este tema, la Corte Suprema estableció que conforme a los Principios 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (también conocida como Declaración de Río) y otros instrumentos internacionales en la materia, para alcanzar el desarrollo sostenible, los procesos de desarrollo deben contemplar e integrar la protección del medio ambiente y conservación de la diversidad biológica, y además responder equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras (pág. 41, párr. 2). Así, aun cuando se reconoció que el Complejo Industrial Ventanas pretende legítimamente impulsar el desarrollo económico de la

región y mejorar la calidad de vida de las personas en las comunas de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, la Corte estableció que sus actividades no pueden realizarse sin comprender la conservación y protección y del medio ambiente, así como las expectativas de las generaciones futuras (pág. 43, párr. 2).

La Corte Suprema interpretó también que el desarrollo de las actividades de los agentes económicos asentados en el Complejo Industrial Ventanas comprometió y puso en peligro el derecho de los habitantes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contenido en el artículo 19, No. 8 de la Carta Fundamental, porque se llevaron a cabo sin la aplicación de las medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente. Pues, tal como lo demuestran diferentes episodios en el pasado, los procesos industriales que se concentran en esta región económica son una fuente importante de contaminación atmosférica que afecta a las comunas (pág. 44, párr. 1). En suma, la falta de implementación de medidas adecuadas de conservación y protección generaron los episodios denunciados de contaminación en esa región, causándose una clara y evidente transgresión del principio de desarrollo sustentable (pág. 44, párr. 3).

Otro aspecto fundamental de esta emblemática sentencia es la aplicación contundente y progresista que llevó a cabo la Corte de los principios de prevención y precaución. Aun cuando se reconoció que —precisamente por la omisión de las autoridades de generar registros de contaminantes e información científica adecuada— no existían en el caso pruebas suficientes para determinar con certeza cuáles actividades industriales o cuáles compuestos, gases o elementos habían causado el problema de contaminación que afecta las comunas de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, resultando muy difícil así atribuir responsabilidades en el juicio (pág. 44, párr. 3). Sin embargo, la Corte Suprema determinó la existencia de antecedentes suficientes para presumir, fundadamente, que la actividad económica llevada a cabo por las distintas empresas, tanto públicas como privadas, asentadas en el llamado Complejo Industrial Ventanas sería

la causante de los persistentes y graves episodios de contaminación e intoxicación que han afectado a los habitantes de las comunas de Quintero y Puchuncavi por largo tiempo, y en lo que interesa a los recursos acumulados, de las situaciones ocurridas.

Entre las consideraciones citadas se incluyen que aun con el desconocimiento del origen de la toxicidad del aire, del autor y del mecanismo de superación del problema, la existencia del daño que se pretende amparar, más allá de que formalmente las empresas recurridas aparezcan cumpliendo con la normativa reglamentaria y autoimpuesta, debe prohibirse transitoriamente su funcionamiento. Lo anterior en el entendido de que más allá de la causa, el culpable efectivo y el medio eficaz para eliminar la toxicidad ambiental que afectó a las personas del sector, lo cierto es que no hay otras fuentes de contaminación posibles, de lo cual fluye que mientras se obtengan las certezas y precisiones necesarias se debe proteger la vida y salud de las personas y su medio ambiente inmediato, evitando la repetición de episodios de contaminación extrema como los que se verificaron.

Adicionalmente, sobre la falta de información ambiental la Corte Suprema determinó que las autoridades incurrieron en una omisión ilegal, porque no cumplieron con sus obligaciones de prevención, en relación con el monitoreo y registro de una diversidad de gases, que estaban sujetos a las normas de control de emisiones¹⁵⁵ (pág. 46, párr. 2). Aunque la sentencia reconoce que en el sitio existen también otras emisiones de gases y compuestos no identificados ni regulados que podrían haber contribuido a la situación de contaminación, también señaló que la ausencia de información ambiental

¹⁵⁵ En la sentencia se menciona que la autoridad no observó las siguientes: Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, que fuera promulgado mediante el Decreto Supremo No. 238 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores; Convenio Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, promulgado a través del Decreto Supremo No. 38 de 2005 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y Convenio de Basilea relativo al control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, promulgado mediante el Decreto Supremo No. 685 de 1992 del Ministerio de Relaciones Exteriores (pág. 17, párr. 3).

evidencia una amenaza concreta, cierta y que no puede ser ignorada para la integridad, salud y vida de los vecinos [...], así como para el medio ambiente en el que habitan puesto que, ignorando su identidad y, por ende, no hallándose sujetos a medición, es posible [...] que los gases o compuestos que causaron los hechos de que se trata hayan continuado siendo expelidos al aire en fecha posterior a los eventos [...], de modo que, aún hoy día, podrían afectar los citados derechos (pág. 46, párr. 1).

En este contexto, la Corte resolvió que debía recurrirse a los principios precautorio y de prevención, como elementos orientadores para identificar las causas y determinar los efectos de los episodios de contaminación. Si bien, el principio precautorio exige una actuación anticipada, particularmente en las situaciones en que no tiene certeza absoluta de los efectos o el impacto ambiente que puede tener un hecho, en cambio, el principio de prevención implica que se tenga conocimiento o certeza científica de las consecuencias ambientales de una determinada actividad, obra o evento (pág. 47, párr. 3).

Con base en estos parámetros, en la sentencia se señala que por la falta de antecedentes y de certeza, en este caso:

[...] el principio precautorio dicta que se deberán adoptar todas las medidas pertinentes para identificar y cuantificar la totalidad de los gases o compuestos químicos producidos por todas y cada una de las empresas que operan en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y demás fuentes existentes en dicho sector, así como para establecer cuál es el origen de cada uno de ellos, a la vez que se deberá discernir, a partir de esos datos, cuáles son los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en los elementos aire, suelo y agua del medio ambiente (pág. 47, párr. 2).

La sentencia también aborda el tema de la justicia ambiental en relación con los grupos vulnerables. Como es evidente, las violaciones a los derechos a la salud y el medio ambiente de la población afectada en este

caso además se expresan, o adquieren perfiles y rasgos concretos, a partir de la conculcación, efectiva y producida por un extenso periodo de tiempo, del medio ambiente en el que viven y se desempeñan los habitantes de las comunas citadas. Particularmente, la decisión abordó elementos subyacentes asociados con la desigual distribución de las cargas ambientales, a la luz de criterios universalmente aplicables, como en el ámbito de la intergeneracionalidad y los derechos de la niñez y de herramientas disponibles en el ordenamiento jurídico. Sobre este punto, la Corte reconoció la importancia de la decisión especialmente porque

[l]a prolongada situación de contaminación del sector conculca con particular agudeza y fuerza a los derechos de niños, niñas y adolescentes, atendida su edad y su estado de desarrollo físico y emocional, en tanto están pasando por etapas de la vida en que presentan una particular sensibilidad a las condiciones ambientales en que viven (pág. 67, párr.3).

La sentencia dispuso que las autoridades sectoriales debían coordinarse en sus funciones para atender el problema y darle solución que implicara la disminución de los agentes contaminantes, monitoreando el lugar y disponiendo acciones pertinentes conforme a la legislación aplicable. Específicamente, la sentencia determinó medidas para prevenir intoxicaciones en la zona, empezando por ordenar a la autoridad sectorial efectuar, a la brevedad, los estudios pertinentes para establecer, de manera cierta y debidamente fundada, cuál es el método más idóneo y adecuado para identificar, como para determinar la naturaleza y características precisas de los gases, elementos o compuestos producidos por todas y cada una de las fuentes presentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví. Sobre la base del conocimiento de la causalidad, habiéndose ya establecido el daño, la sentencia ordena asimismo a la autoridad ejecutar las medidas correctivas que se desprendan de los estudios.

Finalmente, de la aplicación en la sentencia de los dos principios mencionados, es decir del precautorio y el de prevención, se desprende del diálogo de fuentes del derecho tanto internacional como doméstico en la

labor de la justicia ambiental. El fallo marcó además un antecedente importante en cuanto a responsabilizar al Estado y a las empresas de la zona de quebrantar derechos fundamentales de las comunidades cercanas al área industrial.

3.1.2 Gloucester Resources Limited v Minister for Planning [2019] NSWLEC 7

Hechos

En diciembre de 2012, Gloucester Resources Limited (GRL) solicitó al Departamento de Planificación y Medio Ambiente del Ministerio de Planificación un permiso para la construcción y operación de una mina a cielo abierto en el valle de Gloucester, junto a Rocky Hill, donde existen importantes ecosistemas y fluye en el río Avon. El objetivo del proyecto Rocky Hill Coal (RHCP) era el de extraer 21 millones de toneladas de carbón en un periodo de 16 años. La ubicación de los yacimientos de carbón donde se propuso realizar la explotación minera a cielo abierto está cerca de la ciudad de Gloucester, la cual tiene no sólo un importante desarrollo urbano, sino también haciendas y propiedades más pequeñas dedicadas a la agricultura y el ecoturismo. La propuesta del proyecto minero dividió a la comunidad de Gloucester; 90% de los comentarios recibidos a una de las propuestas del proyecto reflejaron que la comunidad se oponía a su realización, principalmente debido a preocupaciones del ruido y de las emisiones a la atmósfera que se generarían, además de

la afectación visual al valle y, también, por la contribución que se generaría al cambio climático global por las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de la mina. Las personas que se pronunciaron a favor del proyecto aprobaban su realización por los beneficios económicos y por la creación de fuentes de empleo en su localidad.

En octubre de 2017, el Ministerio de Planificación publicó su Reporte de Evaluación Ambiental. Apoyándose en este documento, en diciembre de 2017, la Comisión de Planificación y Evaluación determinó negar la solicitud del proyecto de GRL por las siguientes razones: en primer lugar, porque, la construcción y operación del RHCP era contraria al uso y destino de las tierras de esa zona; en segundo lugar, porque, durante todas las etapas del proyecto minero de GRL, el impacto visual sería significativo, y, por último, porque, su desarrollo no era de interés público.

En contra de esta determinación, en diciembre de 2017, GRL interpuso un recurso de apelación ante la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur, en el cual expresó que el proyecto minero debía aprobarse por las siguientes razones. Primero, porque no existía una prohibición en el sistema jurídico australiano que regulara o prohibiera la autorización de nuevas minas de carbón. En segundo lugar, porque aun cuando el Estado de Australia es miembro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Acuerdo de París, la Corte no podía tomar en consideración la emisión de GEI asociados con la combustión de productos de carbón en otros países como parte del alcance de las emisiones de gases de efecto invernadero en Australia. Por último, la empresa afirmó que la meta internacional y nacional del Acuerdo de París sobre el mantenimiento de la temperatura global puede alcanzarse de diversas maneras, sin que ello implique la no aprobación de nuevas minas de carbón.

Por otro lado, el Ministerio de Planificación y la asociación Gloucester Groundswell Inc (GGI), grupo interesado en la conservación ambiental

de Rocky Hill, que fue incorporado como parte interesada en el procedimiento de evaluación, argumentaron que el permiso para llevar a cabo el proyecto RHCP debía negarse esencialmente por su incompatibilidad con los usos de suelo de las zonas adyacentes regulados por la *State Environmental Planning Policy 2009*. En sus manifestaciones contra el proyecto refirieron también los impactos adversos, ambientales, visuales y sociales que causaría una mina a cielo abierto. También mencionaron que los beneficios públicos y económicos del proyecto de GRL no serían mayores que el costo social de operación de la mina, por lo cual no podría considerarse que fuera de interés público, máxime siendo contrario a los principios del desarrollo sustentable, ya que contribuiría al cambio climático por la emisión directa e indirecta de GEI.

La Corte de Tierras y Medio Ambiente decidió que el proyecto no podía ser autorizado toda vez que ocasionaría impactos significativos sobre la comunidad en el valle de Gloucester, que afectarían a varias generaciones y al medio ambiente, además de contribuir al aumento de los problemas globales y nacionales causados por el cambio climático.

Criterios de la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur

1. La tarea de determinar la procedencia de la solicitud para desarrollar el proyecto requiere en esencia que la Corte, ejerciendo la función de autoridad para el consentimiento, pondere el interés público en su aprobación o denegación, teniendo en cuenta la competencia entre los beneficios económicos y otros, frente a los impactos potenciales que el proyecto generaría de ser aprobado. El proyecto Rocky Hill Coal tendría beneficios públicos, incluyendo los de carácter económico, pero también tendría impactos negativos significativos, como los visuales, recreativos, sociales y climáticos, así como impactos sobre los usos de suelo existentes, aprobados y probablemente preferidos en las áreas vecinas. La ponderación de los costos y beneficios del proyecto es al final un ejercicio cualitativo y no cuantitativo. Métodos de evaluación económica como

los análisis de costo-beneficio a partir de los cuales se cuantifican, monetizan y agregan diferentes factores ayudan, pero no son un sustituto para las síntesis intuitivas requeridas de las autoridades para el consentimiento en la determinación de una aplicación para un desarrollo como el propuesto en este caso.

2. Los impactos negativos del proyecto, incluyendo aquellos sobre los usos de suelo existentes, aprobados y probablemente preferidos, los visuales, recreativos, otros impactos sociales y los de cambio climático, tienen un mayor peso que los beneficios económicos y otros para el público. Ponderando todos los asuntos relevantes, el proyecto es contrario al interés público y la aplicación para su desarrollo debe negarse.

3. La aceptabilidad del desarrollo de un recurso natural no depende de su ubicación, sino de su sustentabilidad. Uno de los principios del desarrollo ecológicamente sustentable es el del uso sustentable —cuyo objetivo es el de explotar los recursos naturales de tal forma que sea "prudente", "racional", "sabia" o "apropiada"—. Este principio también tiene un núcleo ecológico: el uso de los recursos naturales debe realizarse dentro de límites ecológicos. El uso de los recursos naturales debe llevarse a cabo dentro de su capacidad para sostener procesos naturales, manteniendo al mismo tiempo los sistemas de soporte de la naturaleza.

4. En este caso, la explotación de los recursos de carbón en el valle de Gloucester no sería un uso sustentable y causaría un daño ambiental y social sustantivo. El proyecto tendría un alto impacto visual durante la vida de la mina, por aproximadamente dos décadas. También se causaría ruido, así como contaminación del aire y lumínica. El proyecto tendría impactos sociales negativos significativos sobre la forma de vida de las personas; la comunidad; el acceso y el uso de infraestructura; los servicios y las facilidades; la cultura; la salud y el bienestar; los alrededores, los temores y las aspiraciones. Asimismo, se provocaría una inequidad distributiva, tanto en la generación presente, como entre ésta y las generaciones futuras.

5. El desarrollo del proyecto propuesto sería una fuente material de emisiones de GEI y contribuiría al cambio climático. Por lo tanto, su aprobación no ayudaría a alcanzar las metas nacionales y globales de reducción de emisiones de GEI. Para que Australia pueda cumplir sus compromisos internacionales en materia de cambio climático se requiere balancear y particularmente remover fuentes de emisiones contaminantes, como las emitidas por la quema de carbón negro, con la finalidad de limitar el aumento de la temperatura global promedio por debajo de los 2° C sobre los niveles preindustriales.

Análisis jurisprudencial

La sentencia de la Corte de Tierras y Medio Ambiente en el caso Rocky Hill Coal es una resolución emblemática mediante la cual se ponderaron cuidadosamente los beneficios económicos de un proyecto minero, contra aquellos impactos sociales y ambientales que podrían causarse, no únicamente en detrimento de la calidad de vida de las personas en el presente, sino con una persistencia intergeneracional. La denegación del recurso interpuesto por la empresa minera se fundamentó no sólo considerando sus impactos respecto del desarrollo sustentable y las metas climáticas de la comunidad internacional y de Australia, sino también en cuanto a la justicia ambiental. Es decir, que la decisión judicial consideró entre otros elementos la distribución inequitativa de las cargas y los beneficios ambientales, sociales y económicos, con una visión inter e intrageneracional.

Para la Corte, la autorización de proyectos de desarrollo que estén relacionados con la explotación de recursos naturales depende de la sustentabilidad del proyecto y no necesariamente de su ubicación. El principio del uso sustentable de los recursos naturales implica que deben mantenerse sus procesos naturales y llevarse a cabo dentro de límites ecológicos (pág. 203, párr. 4 y pág. 204, párr. 1). En este caso, la Corte consideró que la explotación de carbón en el valle de Gloucester no constituía un uso sustentable de los recursos naturales, y enfatizó que también ocasio-

naría un grave daño ambiental y social, que supera por mucho sus beneficios públicos y económicos (pág. 202, párr. 2).

Sobre los factores de contaminación, la Corte determinó que las consecuencias de los impactos adversos del establecimiento de una mina en el sitio propuesto serían mayores incluso al tiempo de operación del proyecto minero. Respecto a la modificación del paisaje, en la sentencia se explicó que incluso la rehabilitación del entorno natural después de la clausura del proyecto minero no podría contrarrestar el impacto visual de la mina en el paisaje y en la escena visual del valle de Gloucester, lo cual afectaría gravemente también la cultura de las comunidades aborígenes (pág. 125, párr. 6).

Se valoró asimismo que los factores de contaminación del proyecto, como la contaminación acústica, lumínica y del aire, afectarían a la región de manera permanente, pues no se limitarían al periodo de operación de la mina. También se tuvo en cuenta en la sentencia que estos factores no fueron abordados de una manera efectiva por las medidas de mitigación propuestas por la empresa minera, de tal modo que si bien el proyecto tendría un impacto significativo diferenciado en la vida de las personas, el impacto social afectaría a toda la comunidad, en especial, en el acceso y uso de infraestructura y servicios públicos, y también en los usos de suelo de las zonas aledañas del proyecto. Para la Corte, el impacto social negativo de la ejecución del proyecto es una razón suficiente para no ordenar su autorización (pág. 126, párrs. 2 y 3 y pág. 127, párrs. 1, 2 y 3).

En cuanto al componente de justicia ambiental de la sentencia, la Corte de Tierras y Medio Ambiente afirmó que la aprobación del proyecto minero ocasionaría un impacto inequitativo, particularmente, por la distribución de los beneficios económicos y ambientales entre las generaciones presentes y, también, en relación con las generaciones futuras (pág. 121, párrs. 1 y 2).

La autorización del proyecto de GRL causaría un impacto presente diferenciado que afectaría de manera negativa y desproporcionada, principalmente, a grupos en situación de vulnerabilidad, así como a otros grupos o estratos socioeconómicos de la región que se benefician de los servicios ecosistémicos que brinda el valle de Gloucester, como la industria del agroturismo (pág. 125, párrs. 1, 2, 3 y 4). La sentencia explica así que la aprobación del proyecto resultaría en una distribución inequitativa de los costos y beneficios económicos, sociales y ambientales (pág. 125, párr. 5). Por otro lado, la Corte resaltó que también existiría un reparto inequitativo de los beneficios sociales y económicos inmediatos del proyecto, pues éstos sólo existirían durante la operación de la mina. En cambio, los costos ambientales, sociales y económicos que ocasionaría la ejecución del proyecto minero durarán más que el periodo de operación de las actividades de extracción de carbón (pág. 126, párr. 6). Por esta razón, serían las generaciones presentes quienes gozarían únicamente de los beneficios del proyecto, pero las generaciones futuras asumirían y experimentarían los costos ambientales de la explotación minera (pág. 126, párr. 1).

La Corte de Tierras y Medio Ambiente abordó también extensivamente el tema del cambio climático. Se tomó en consideración el impacto de sus emisiones directas e indirectas de GEI (pág. 156, párr. 4) en relación con su contribución al cambio climático (pág. 169, párr. 4). Al finalizar su estudio de fondo, la Corte también evaluó que la aprobación del proyecto minero no favorecería la reducción de GEI y, por tanto, no contribuiría con las medidas para reducir el cambio climático ni al objetivo mundial de limitar el incremento de la temperatura global promedio (pág. 204, párr. 3).

Así, un argumento importante en esta decisión judicial fue el rechazo de la construcción de la nueva mina sobre la base de sus contribución proyectada a las emisiones globales de GEI y las implicaciones para el futuro de los combustibles fósiles en Australia. Frente al argumento presentado por GRL en el sentido de que su proyecto no representaría

un aumento al presupuesto mínimo de carbono, el ministro Preston, en su relatoria de la sentencia, estipuló que este razonamiento del demandante era especulativo e hipotético.

Conforme a la opinión del ministro Preston, con el proyecto Rocky Hill Coal "las emisiones de GEI de la mina de carbón y su producto de carbón aumentarán las concentraciones totales mundiales de GEI en un momento en que lo que ahora se necesita con urgencia, para cumplir los objetivos climáticos generalmente acordados, es una disminución rápida y profunda de las emisiones de GEI" (pág. 205, párr. 2). Este análisis fue fundamentado en el principio de progresividad y de la mayor ambición posible en el Acuerdo de París, así como en las metas globales de temperatura. En resumen, la sentencia estipula que una mina de carbón a cielo abierto en el lugar propuesto del valle de Gloucester estaría en el lugar equivocado en el momento equivocado.

3.2 Análisis de opinión por ministros integrantes del GJIE

3.2.1 Labor de los jueces, del derecho y la sociedad nacional e internacional en la justicia ambiental

Sergio Muñoz Gajardo

Labor de los jueces: proteger todos los derechos y de todas las persona, considerando su dignidad, como una plena libertad, total igualdad y activa solidaridad, sin discriminaciones ni fronteras.

Labor del derecho: encauzar un desarrollo igualitario y sustentable.

Labor de la sociedad nacional e internacional: proteger a toda la humanidad, en especial a los vulnerables y la naturaleza.

I. Sistema de fuentes del derecho

El sistema de fuentes, entendido como aquellos hechos y actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas, tanto el contexto nacional e internacional, en la actualidad responde a las exigencias derivadas de un Estado social y democrático de derecho, en el que la primera necesidad a satisfacer es el respeto de los derechos, garantías y libertades personales y colectivas derivadas de la dignidad humana en su dimensión individual y social. A toda autori-

dad y persona le corresponde comportarse de acuerdo con ese ordenamiento, por lo cual le es obligatorio su respeto y activa promoción en el ámbito nacional e internacional.

Un ejemplo de su enunciación lo encontramos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.¹⁵²

II. Contenido del sistema de fuentes

La humanidad ha evolucionado desde las declaraciones de derecho, obtenidas como producto de la lucha del hombre por su dignidad, sin fronteras nacionales y que hasta la fecha se construye, marcada por diferentes sucesos de importancia histórica como son la Carta Magna, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios franceses y la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como la suscripción de las diferentes convenciones internacionales generales y particulares sobre derechos humanos.

Hoy no es a una norma rígida y formal a la que se encuentran vinculados los sistemas jurídicos, es a los valores que la conciencia de la humanidad estima relevantes.

A las fuentes del derecho les corresponde recoger los valores imperantes en la sociedad y proyectarlos en sus determinaciones normativas generales, como a los jueces en la identificación que hacen al resolver los conflictos particulares.

¹⁵² "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 convinieren." En Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, artículo 38.

A los jueces les corresponde reconocer y dar protección a todos los derechos de todas las personas, atendiendo en primer término a su dignidad, como la vigencia de una plena libertad, total igualdad y activa solidaridad, sin discriminaciones ni fronteras, tanto en la dimensión individual y colectiva de tales personas con especial énfasis en la vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, única forma de encauzar un desarrollo igualitario y sustentable, considerando el bien común y el fortalecimiento de la democracia sustancialmente considerada.

III. El derecho y su aplicación debe siempre propender a la vigencia efectiva de los derechos, protegiendo a los más vulnerables y encausando un desarrollo sustentable, considerando en ello a la propia naturaleza

La historia del siglo XX estuvo caracterizada por la lucha distributiva, y por el ideal de la igualdad, que dieron origen a importantes movimientos sociales, políticos, revoluciones, y teorías políticas que articularon el sentido ideológico que aún poseen.

En el plano jurídico, ello tuvo reflejo en los derechos humanos, en los derechos fundamentales vinculados a la igualdad y en toda una jurisprudencia relacionada con lo económico y social.

La base de todo este movimiento es la transformación social para lograr una mejor distribución de la riqueza y la tutela de las personas y los grupos más vulnerables.

Esta vulnerabilidad es económica, es la desigualdad, es la exclusión social.

En el siglo XXI se ha identificado otro sujeto en situación de vulnerabilidad que es colectivo, que ya no son individuos, sino la propia naturaleza.

En el plano social existen movimientos en todo el planeta, existe un complejo desarrollo teórico, pero todavía no se han articulado los movimientos políticos y los canales institucionales para que se vuelvan una propuesta estable y transformadora.

La lucha igualitaria y la lucha por la naturaleza se relacionan estrechamente.

La equidad dentro de esta generación plantea la cuestión de que los costos ambientales los pagan los sectores más pobres. Existe abundante experiencia sobre los desplazados por las tragedias ambientales que muestran claramente esta cuestión.

La equidad intergeneracional plantea el problema de lo que les dejamos a los jóvenes; si lo que vamos a dejar son desiertos, basura, agua contaminada, o una oportunidad de vivir en plenitud.

La conclusión es que los vulnerables del siglo XXI siguen siendo los pobres y se le agregó la propia naturaleza.

Los jueces de América han avanzado en este tema adoptando el *principio in dubio pro natura*, es decir, la naturaleza es un ente vulnerable al que hay que proteger.

IV. Los poderes judiciales de América asumen vanguardia en la construcción del Estado de derecho ambiental

Los jueces y juezas tienen la posibilidad de aportar armonía en un mundo cada vez más conflictivo en este tema. La cuestión es poder señalar directivas jurídicas que puedan orientar, con base en principios y valores, hacia una mejor armonía entre el sistema económico, el social y el ambiental. La realidad es que hoy van por caminos distintos, la economía colisiona con el ambiente al producir con base en el agotamiento

de los recursos. La sociedad consume sin límites, y se produce una nueva crisis derivada del sobreconsumo no sustentable.

En este sentido, los poderes judiciales de la región han avanzado en el concepto de un Estado de derecho ambiental: el Estado de derecho es fundamental para la paz y el bienestar económico y social. Es indispensable para asegurar resultados de desarrollo justo y sostenible, así como para la garantía de los derechos fundamentales para un medio ambiente sano en las Américas. Los elementos constitutivos del Estado de derecho ambiental incluyen, entre otros, leyes adecuadas y aplicables; acceso a la justicia e información; participación pública; equidad e inclusión; rendición de cuentas; transparencia; responsabilidad por daños al medio ambiente; aplicación y cumplimiento justo y equitativo, y los derechos humanos.

3.2.2 Problemas ambientales y especialización judicial¹⁵²

Brian J. Preston

Los problemas ambientales son policéntricos y multidisciplinarios. La primera ley de la ecología es que todo está conectado a todo lo demás.¹⁵³ La escala de los problemas ambientales es de tal magnitud que requiere una solución holística. Los problemas ambientales pueden tener amplios impactos, incluso transfronterizos. Los ejemplos incluyen el cambio climático, los incendios forestales y los residuos peligrosos.

El abordaje de los problemas ambientales requiere la implementación de un desarrollo ecológicamente sustentable. El concepto original del desarrollo sustentable articulado en el Informe Brundtland¹⁵⁴ se refiere al

¹⁵² Extracto del artículo originalmente publicado como Preston, Brian J., "Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law: The Land and Environment Court of New South Wales as a Case Study", *Pace Environmental Law Review*, vol. 29, enero de 2012. Disponible en: «<https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/2>». Traducido por Alejandra Rabasa Salinas con autorización del autor y de la Universidad de Pace.

¹⁵³ Commoner, Barry, *The closing circle: Confronting the environmental crisis*, Jonathan Cape Ltd., Londres, 1972, 33.

¹⁵⁴ U.N. Secretary-General, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 54, U.N. Doc. A/42/427, Annex I (Aug. 4, 1987).

"desarrollo que permite satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades". En Australia, el adjetivo *sustentable* se califica como *ecológico* para enfatizar la necesaria integración de la economía y el medio ambiente.¹⁵⁵ El desarrollo ecológicamente sustentable envuelve un conjunto de elementos o principios, incluyendo el de uso sustentable; el principio de integración (de las consideraciones económicas, sociales y ambientales en los procesos de toma de decisiones); el principio precautorio; los principios de la equidad, tanto intra como intergeneracional; el principio de que la conservación de la diversidad biológica y la integridad ecológica debe ser una consideración fundamental, y el principio de la internalización de los costos ambientales (en la toma de decisiones).¹⁵⁶

El logro de un desarrollo ecológicamente sustentable depende del compromiso y el involucramiento de todas las ramas del gobierno —el legislativo, el ejecutivo y el judicial— así como de otros actores. Klaus Toepfer, el entonces director ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMD), subrayó en su mensaje al Programa Global de Jueces del PNUMD:

El éxito para derribar la degradación ambiental depende de la participación plena de todos en la sociedad. Es esencial entonces formar una alianza global entre todos los actores relevantes para la protección del medio ambiente, basada en la afirmación de los valores humanos establecidos en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: libertad, igualdad, solidaridad, tolerante respeto por la naturaleza y responsabilidad compartida.

La judicatura juega un rol clave para entretejer estos valores en el lienzo de nuestras sociedades. Los poderes judiciales son tam-

¹⁵⁵ Bates, Gerry, *Environmental Law in Australia*, 6a. ed., LexisNexis, 2006.

¹⁵⁶ Preston, Brian J., "The Role of the Judiciary in Promoting Sustainable Development: the Experience of Asia and the Pacific", *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 109, 9, 2005. También véase Preston, Brian J., "Ecologically Sustainable Development in the Context of Contaminated Land", *Environmental and Planning Law Journal*, 25, 164, 2008.

bién socios cruciales para promover la gobernanza ambiental, haciendo valer el estado de derecho y asegurando un balance justo entre las consideraciones ambientales, sociales y del desarrollo a través de sus sentencias y declaraciones.¹⁵⁷

La judicatura desempeña un papel en la interpretación, la explicación y la aplicación de leyes y regulaciones. Como lo han establecido Kaniaru, Kurukulasuriya and Okidi:

La judicatura juega un rol crítico en el mejoramiento y la interpretación del derecho ambiental y en la reivindicación del interés público que hay en la garantía de un ambiente sano y seguro. Los poderes judiciales tienen y muy seguramente continuarán jugando un papel crucial tanto en el desarrollo como en la implementación de instituciones y sistemas legislativos para el desarrollo sustentable. Una judicatura bien informada sobre los desarrollos contemporáneos en el campo de los imperativos internacionales y nacionales de un desarrollo ambientalmente amigable, será una fuerza mayor en el fortalecimiento de los esfuerzos nacionales para la realización de un desarrollo de ese tipo y sobre todo en la reivindicación de los derechos sustantivos de los individuos, así como para acceder al proceso judicial.¹⁵⁸

Cada vez se reconoce más que un tribunal con una especialización particular en asuntos ambientales está mejor posicionado para cumplir este papel en el logro de un desarrollo ecológicamente sustentable. La Corte Ambiental y de Tierras de Nueva Gales del Sur es un ejemplo de un tribunal especializado en materia ambiental. Fue la primera corte especializada creada como un tribunal superior de que se tenga registro en el mundo, por lo cual es un caso de estudio instructivo.

¹⁵⁷ U.N. Environment Programme [UNEP] Global Judges Programme at v (2005), disponible en: «http://www.unep.org/publications/search/pub_details_s.asp?ID=3747».

¹⁵⁸ Donald Kaniaru *et al.*, UNEP Judicial Symposia on the Role of the Judiciary in Promoting Sustainable Development 22 (1998) (paper presented to the Fifth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement), disponible en: «<http://www.inece.org/5thvol1/lal.pdf>».

[...]

La Corte Ambiental y de Tierras es un modelo exitoso de un tribunal especializado en materia ambiental. Puede ser útil resumir algunos de los beneficios que han surgido de su creación y operación en el último cuarto de siglo: 1) racionalización; 2) especialización; 3) es una corte con varias puertas o vías de acceso; 4) independencia; 5) respuesta a problemas ambientales; 6) facilita el acceso a la justicia; 7) desarrollo de jurisprudencia ambiental; 8) mejor administración de la corte; 9) procesos de decisiones con valor agregado, y 10) flexibilidad e innovación.

[...]

La Corte es sin duda un modelo de éxito para un tribunal ambiental. Se creó hace mucho tiempo —ahora hace más de 30 años—. Tiene una preminente reputación internacional y nacional. Ha recibido muchas reseñas favorables¹⁵⁹ y se ha utilizado como base para formular recomendaciones sobre tribunales ambientales alrededor del mundo.¹⁶⁰

De cualquier forma, la Corte no puede dormirse en sus laureles. Como lo ha observado Gething, "una organización excelente es aquella que continúa observando, aprendiendo, cambiando y mejorando hacia el concepto de excelencia que se ha propuesto para ella misma. La excelencia es más un viaje que un destino estático".¹⁶¹ La Corte reconoce esta

¹⁵⁹ George Pring & Catherine Pring, *Greening Justice, Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals* (2009), The Access Initiative, World Resources Institute.

¹⁶⁰ En 2010, Kenia e India establecieron cortes especializadas en medio ambiente, basándose en la experiencia del Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur. En agosto de 2010, la nueva Constitución de Kenia estableció un tribunal superior con rango de Tribunal Superior para conocer y resolver disputas relacionadas con el medio ambiente y el uso, ocupación y título de la tierra: Constitución de Kenia de 2010, artículo 162. Esto se basa en iniciativas anteriores para establecer un Tribunal Nacional del Medio Ambiente y una División de Tierras y Medio Ambiente del Tribunal Superior de Kenia, ambos a su vez inspirados por el Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur. En octubre de 2010, India estableció un Tribunal Verde Nacional, basado en el modelo de Tribunal de Tierras y Medio Ambiente, con jueces y comisionados expertos. Véase la Ley del Tribunal Verde Nacional, No. 19, de 2010, del Código de India de 2010, vol. 25.

¹⁶¹ Michael Gething, *A Pathway to Excellence for a Court – Part 1: Defining the Pathway*, 17 J. JUD. ADMIN. 237, 242 (2008).

necesidad de manejo adaptativo. Continúa monitoreando su desempeño contra los objetivos de la administración de un tribunal —equidad, eficiencia y efectividad—. Ajusta sus metas sustantivas y procesales, así como su desempeño en respuesta al monitoreo de datos. Sigue adaptándose para enfrentar los retos ambientales del futuro.

3.3 Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias

**3.3.1 Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 2019,
Rol No. 5888-2019. Corte Suprema de Chile.
Caso Quintero Puchuncaví**

Valentina Durán Medina

1. Introducción

En agosto de 2018 se produjeron masivas intoxicaciones por emanaciones de gases indeterminados en el polo industrial de Quintero Puchuncaví, Región de Valparaíso. El sector ha sido denominado como una "zona de sacrificio" por acumular desde la década de 1950 un conjunto de industrias contaminantes, tanto empresas públicas como privadas, que han causado un grave deterioro de la calidad del aire, contaminación de los suelos agrícolas, además de reiterados derrames de hidrocarburos en la bahía. Diversos actores interpusieron 12 recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pidiendo el restablecimiento del imperio del derecho ante la vulneración de garantías constitucionales, en contra de múltiples autoridades y de las empresas.

2. Contenido y análisis

Los recursos judiciales fueron interpuestos en primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso por grupos de habitantes y personas

de las comunas de Quintero y Puchuncaví y por un parlamentario, los municipios de las dos comunas afectadas, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, sindicatos de trabajadores pesqueros, una agrupación de "mujeres en zonas de sacrificio", y varias organizaciones no gubernamentales. A su vez, fueron recurridos un conjunto de empresas públicas y privadas en algunos, y en otros, distintas autoridades centrales y regionales, tanto con competencias ambientales y de salud como autoridades políticas, como el Ministerio del Interior, el presidente de la República, el intendente regional, la Oficina Nacional de Emergencia, y los mismos municipios que también recurrieron.

La Corte de Valparaíso rechazó los recursos estableciendo que la acción impetrada no era la vía para obtener soluciones de fondo o permanentes respecto de situaciones históricas de contaminación, siendo sólo apta para situaciones de emergencia. Reconociendo la emergencia, no acogió las acciones respecto de las empresas industriales porque no constaba como indubitada la acción de ninguna de ellas como agente generador del daño. Respecto de los agentes públicos, la Corte estimó que la única omisión reprochable detectada ya se había subsanado y que las medidas solicitadas eran de resorte gubernamental o legislativo.

Apelada la sentencia, ante la falta de elementos de juicio para determinar la causa y los efectos precisos de los episodios de contaminación y condenar por tanto a las empresas contaminantes, la Corte Suprema acogió los recursos acumulados respecto de las autoridades públicas recurridas, estableciendo que sus omisiones y falta de coordinación habían amenazado y conculcado los derechos constitucionales a la integridad física y psíquica, a la salud y vida, y a un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes. Aclarando que la acción de protección no es una acción popular, la Corte desechó aquellos recursos que no individualizaron a personas directamente afectadas.

La sentencia invoca expresamente el principio de desarrollo sostenible, los principios precautorio y de prevención, y el principio 10 de Río 92 mediante referencias al derecho de acceso a la información y a la justicia ambiental. Se reprocha al Estado la infracción a las obligaciones de generación de información sobre contaminación contenidas en la legislación nacional y en tratados internacionales. Entre las 15 medidas ordenadas por la Corte destacamos una serie de instrucciones destinadas a ampliar la disponibilidad de información necesaria para resguardar la salud de la población.

3. Conclusión

Las empresas involucradas no salieron a reconocer los hechos y no fueron condenadas por la incapacidad del Estado de disponer de información suficiente para identificar la naturaleza y proveniencia de los gases contaminantes. El caso evidencia la insuficiencia de los instrumentos de gestión ambiental y la necesidad de avanzar en implementar plena y efectiva el derecho de acceso a la información ambiental. Dramática es la orden de trasladar a niños, niñas y adolescentes a lugares seguros cada vez que se constaten niveles de contaminación que los afecten. A más de un año de la sentencia, muchas de las 15 medidas dispuestas siguen incumplidas

3.4 Análisis comparado y conclusión

Claudia S. de Windt

El precedente chileno que se analiza en esta sección de la antología muestra claramente cómo el ejercicio de la facultad jurisdiccional busca restablecer el Estado de Derecho, también referido como imperio de derecho.

En el uso legítimo de esta facultad la Corte Suprema de Chile establece las medidas necesarias para asegurar el respeto de las garantías y los derechos que la Carta Fundamental comprende en favor de las personas. Estas medidas tienen el fin de establecer cuál es el origen de cada agravio y los efectos que podrían provocar tanto en la salud humana como en los elementos aire, suelo y agua del medio ambiente. Los principios y el sistema de fuentes tienen un papel preponderante en la decisión, que si bien no pondera un pasivo ambiental histórico, sí considera el ahora y el futuro al aplicar la prevención y la precaución. Este fallo emblemático busca tener respuestas y que los poderes del Estado cumplan sus respectivas funciones en el control de la convencionalidad y velando por el interés público. La justicia ambiental y la protección de los vulnerables y sus derechos fundamentales es central.

En el caso australiano también se desarrolló una sentencia en la cual se dio prioridad a la prevención, el control de la convencionalidad y a la vez la doctrina de los bienes comunes. Es uno de los primeros fallos, si no el primero, en materia de responsabilidad individual frente a la colectividad global en materia climática. En común con el precedente chileno, la sentencia australiana desarrolla una noción de justicia ambiental en lo relativo a la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales, junto con el interés por el bienestar y la garantía de los derechos de la persona. La sentencia en el caso del proyecto minero en el valle de Gloucester muestra el esplendor y potencial del Acuerdo de París en la implementación de la legislación nacional en defensa de los derechos humanos frente a los impactos del cambio climático.

**IV. Desarrollos jurisprudenciales
sobre agricultura, seguridad alimentaria,
biodiversidad y derechos humanos
relacionados con la gestión y eliminación
ecológicamente racional de las sustancias
y los desechos peligrosos en el
derecho comparado**

4.1 Sentencias emblemáticas y de tendencia en el derecho comparado

En este apartado de la antología se presentan dos sentencias que abordan la legalidad y legitimidad de sustancias tóxicas utilizadas en la agricultura. En ambos casos prevalece el debate sobre la ciencia y la evidencia para demostrar la probabilidad de que se produciría un perjuicio real si el riesgo evaluado se llegara a materializar. Cuestiones como la certeza y el manejo de riesgos a la luz de los principios de cautela, precautorio y de prevención se sopesan en la tutela judicial, confrontándose con el alcance y los límites de la autoridad y el deber de garantizar derechos fundamentales en la gestión pública en la tutela de la salud, el ambiente y la biodiversidad.

El valor agregado de este análisis, en gran medida, se centra en el contraste de enfoques entre el Poder Judicial de un país como Costa Rica y el de un tribunal regional producto de la integración europea. El resultado y lo que está en juego es común. El derecho al ambiente y cómo proteger efectivamente la biodiversidad para garantizar la seguridad alimentaria y la salud.

4.1.1 Caso Flórez-Estrada V. Ministerio de Agricultura y Ganadería, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 24513-2019: 6 de diciembre de 2019

Hechos

En 2018, el señor José María Villalta Flórez-Estrada (el peticionario) solicitó al Ministerio de Agricultura y Ganadería de Costa Rica (MAGA) decretar la prohibición del uso de neonicotinoides en la agricultura. En sus solicitudes el peticionario detalló que de acuerdo con un informe elaborado por la Autoridad Europea de Seguridad Sanitaria (EFSA)¹⁶⁷ los agroquímicos que contienen neonicotinoides como ingrediente activo son altamente peligrosos para distintas especies de abejas y por lo tanto pueden afectar también la seguridad alimentaria. También manifestó que varios de esos compuestos químicos habían sido ya prohibidos por la Unión Europea. El MAGA respondió que esperaría la notificación oficial de la prohibición realizada por la Unión Europea, o bien que cuando existiera certeza científica sobre el riesgo de esas sustancias, se valorarían

¹⁶⁷ European Food Safety Authority, "Guidance Document on the risk assessment of plant protection products on bees (*Apis mellifera*, *Bombus* spp. and solitary bees)", *EFSA Journal*, vol. 11, no. 7, julio de 2013. Disponible en: «<https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.2903/jefsa.2013.3295>».

las medidas según corresponda. Ante la negativa del MAGA, el peticionario interpuso un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En su respuesta al recurso de amparo, el MAGA argumentó que no existía a la fecha evidencia científica suficiente para prohibir el uso de los agroquímicos referidos porque no estaba demostrado que causen riesgos inaceptables a la salud y el medio ambiente. En la respuesta del MAGA se explicó también que no podían extrapolarse los resultados de una política generada para atender las circunstancias específicas de la Unión Europea a la realidad nacional de Costa Rica y que en todo caso era pertinente esperar a obtener una notificación formal de la prohibición por parte de las instancias internacionales competentes, antes de prohibir su utilización en el país. Se manifestó también que el MAGA tiene claras cuáles son sus responsabilidades y competencias en materia de restricciones y prohibiciones de sustancias de uso agrícola, pero que en el caso específico de los neonicotinoides, no contaba con razones técnicas ni conocimiento formal de afectaciones en abejas por el uso de formulaciones a base de estos ingredientes activos. Se señaló asimismo que la evidencia científica y técnica que se recibiera sería valorada para adoptar las medidas pertinentes en el momento oportuno, para restringir o hasta prohibir el uso de estos productos.¹⁶⁸

La Sala Constitucional resolvió que el recurso de amparo era procedente y ordenó al Ministerio de Agricultura y Ganadería elaborar en coordinación con diferentes instituciones un estudio científico sobre los efectos en la salud, la biodiversidad y el ambiente en Costa Rica del uso de agroquímicos que contengan neonicotinoides y que, de encontrarse riesgos o daños graves en la salud, la biodiversidad o el ambiente, incluidas las

¹⁶⁸ *Informe del Ministro de Agricultura y Ganadería*, respecto al Recurso de Amparo interpuesto por José María Villalta Flórez-Estrada, solicitado por la Sala Constitucional, pág. 24, último párrafo. Disponible en: «http://agroecologia.org/wp-content/uploads/2018/11/21092018-11-06-03-4-EV_Escrito-1.pdf».

poblaciones de abejas melíferas, deberán adoptarse medidas adecuadas para resguardar esos bienes constitucionales.

Criterios de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

1. El ejercicio legítimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado requiere que los recursos sean utilizados de manera racional y corresponde al Estado la protección del ambiente, según el principio precautorio que rige en materia ambiental. La obligación objetiva del Estado en materia de protección ambiental aparea un derecho subjetivo de las personas a exigir, a través de los organismos judiciales, que se adopten las medidas que sean idóneas en tutela de ese derecho, ante actitudes abiertamente negligentes de las autoridades públicas, o bien de personas físicas y jurídicas. La posibilidad de exigir judicialmente un tipo específico de actividad prestacional por parte del Estado en cumplimiento de su deber de protección a la vida, salud o derecho al ambiente en beneficio de sus habitantes, está restringida a la clara verificación de un peligro inminente contra esos derechos de las personas.

2. En atención a su obligación de garantizar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades deben adoptar medidas idóneas para regular los riesgos que pueden derivar de la utilización de plaguicidas en Costa Rica. Conforme al principio precautorio, cuando no existe certeza absoluta en la información científica disponible sobre el daño o impacto ambiental que puede generar una obra o actividad, el Estado no puede utilizar este estado de duda para postergar la adopción de medidas de protección ambiental, al contrario, las autoridades están obligadas a implementar medidas anticipadas y eficaces para impedir la degradación del medio ambiente y garantizar su sostenibilidad.

3. El Ministerio de Agricultura y Ganadería enfatiza en este amparo que, en el caso específico de los neonicotinoides, no cuenta con certeza cien-

tífica del daño alegado por el recurrente; sin embargo, debe recordarse la obligatoria aplicación de los principios que rigen la materia ambiental; entre ellos, los principios preventivo y precautorio. De modo tal que no basta con afirmar que, actualmente, no se cuente con certeza científica para demostrar el daño denunciado por el promovente, ya que existen múltiples criterios técnicos nacionales, decisiones y acuerdos internacionales, así como estudios científicos documentados en materia ambiental, que arrojan el potencial riesgo en la utilización de tales plaguicidas y productos químicos industriales denunciados por el recurrente (neonicotinoides). En consecuencia, estima la Corte que, en aplicación del principio precautorio vigente en materia ambiental, así como diversos instrumentos internacionales que regulan esta rama (entre ellos, la Declaración de Río y el Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto del Comercio Internacional), sin dejar atrás la tutela especial que indican los artículos 21 y 50 de la Constitución Política, que la Sala está llamada a proteger, lo que corresponde es acoger el recurso de amparo.

Análisis jurisprudencial

En este precedente emblemático, realizando una amplia interpretación del principio precautorio, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica tuteló de manera conjunta y sinérgica los derechos humanos a la vida y salud de las personas, a un medio ambiente sano y equilibrado a la seguridad alimentaria y la biodiversidad, al ordenar el estudio científico sobre los efectos en la salud, la biodiversidad y el ambiente en Costa Rica del uso de agroquímicos que contengan neonicotinoides y ordenar la adopción de las medidas correspondientes para resguardar esos bienes constitucionales de encontrarse riesgos o daños graves.

En cuanto a la protección de los derechos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y a la salud pública, la Sala Constitucional estableció, como lo había reiterado en precedentes anteriores, que se

encuentran reconocidos tanto en el plano constitucional como a través de la normativa internacional. Su ejercicio legítimo requiere que los recursos sean utilizados de manera racional y corresponde al Estado la protección del ambiente, según el principio precautorio que rige en materia ambiental, conforme al cual, el Estado debe realizar las acciones necesarias para evitar que se produzcan daños irreversibles al ambiente.

Aunque esta obligación objetiva del Estado no apareja en todos los casos un derecho subjetivo de las personas a exigir judicialmente que se tome una medida determinada, sí puede solicitarse que se adopten las que sean idóneas en tutela de ese derecho, ante actitudes abiertamente negligentes de las autoridades públicas, o bien de personas físicas y jurídicas. De este modo,

el Estado adquiere la obligación de regular las áreas de la vida social de las cuales puedan surgir peligros para la existencia física de los habitantes de su territorio, así como también aquellas que vulneren el ambiente, lo cual puede hacer a través de leyes, reglamentos, acuerdos u otras medidas relacionadas con la organización y los procedimientos administrativos (pág. 9, párr. 8).

En cuanto a la doctrina constitucional desarrollada en esta sentencia sobre los principios de prevención y precaución en materia ambiental, la Corte afirmó que el Estado debe implementar acciones que impidan la generación de daños al ambiente. Como ejemplo, cuando una actividad genera impactos ambientales negativos y se tiene certeza sobre los riesgos o el impacto ambiental que pueda ocasionar, es decir, si están claramente definidos o al menos son identificables, por aplicación del principio preventivo debe realizarse una evaluación o un control de impacto ambiental antes de iniciarla para, bien, limitarla o prohibirla. Sin embargo, si no se tiene certeza científica sobre la sostenibilidad ambiental de una actividad, porque el resultado de la información disponible es un estado de duda, conforme al principio precautorio, el Estado no puede utilizar la falta de certeza como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que impidan la degradación del medio ambiente. En suma,

"la diferencia [entre estos principios] radica en el nivel de conocimiento y certeza de los riesgos que una actividad u obra genere" (pág. 9, párr. 9).

Para la Sala Constitucional, de acuerdo con el principio precautorio,¹⁶⁹ el Estado tiene la obligación de disponer de (todas) las medidas necesarias para "impedir que se produzcan daños irreversibles al ambiente" en todas aquellas áreas de la vida social que puedan poner en peligro la existencia de las personas y vulnerar al ambiente (pág. 9, párr. 9). De este mandato surge la facultad de policía del Estado de regular, particularmente, la comercialización y uso de los plaguicidas "en aras de garantizar el derecho a la salud y al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado" (pág. 10, párr. 1). Sin embargo, cuando la administración pública no tiene certeza científica absoluta sobre los riesgos o del peligro de daño ambiental del uso de plaguicidas o productos químicos industriales que justifiquen la adopción de medidas eficaces que impidan la degradación del ambiente, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes para garantizar que la degradación y el deterioro ambiental sean minimizados (pág. 9, párr. 9).¹⁷⁰

En este caso, el Tribunal Constitucional consultó a órganos técnicos especializados en la materia por la falta de certeza científica sobre las afectaciones por el uso de agroquímicos con neonicotinoides. De los informes

¹⁶⁹ Contenido en el ordinal 11 de la Ley de Biodiversidad (No. 7788) y en la Declaración de Río, Principio 15. Para la Sala Constitucional de Costa Rica: "El principio precautorio solo aplica si existe este estado de duda [sobre el nivel de conocimiento y certeza de los riesgos que una actividad u obra genere] resultado de información científica, estudios, entre otros, que estén disponibles o hayan sido realizados" (pág. 9, párr. 9). Sin embargo, para la Sala también ha interpretado que "[c]uando 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. De modo que, en la protección de [...] los 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" (pág. 9, párr. 9).

¹⁷⁰ Sobre la interpretación jurisprudencial del Principio Precautorio, véase las: Sentencias No. 2001-05048 y No. 5893-95 de la Sala Constitucional. Sobre los riesgos potenciales de los plaguicidas en la salud, y la regulación de plaguicidas, véase: Sentencia No. 2011-016937 y Resolución No. 2008-018207.

ofrecidos, la Sala indicó que "el uso de neonicotinoides podría constituir un riesgo para las poblaciones de abejas melíferas; además, que la reducción de la población de polinizadores es una amenaza a la seguridad alimentaria, a la exportación de productos agrícolas y a la biodiversidad" (pág. 11, párr. 1). En este sentido, la Sala también determinó que, particularmente, la ingesta de frutas y bebidas con exposición a insecticidas neonicotinoides genera en las personas dolores corporales, alteración en la memoria a corto plazo, debilidad muscular, así como, anomalías cardíacas y en el sistema hormonal, "además que los insecticidas neonicotinoides tienen un efecto sobre la expresión del gen de la aromataasa y potencialmente puede alterar la producción de estrógenos" (pág. 11, párr. 2). Por lo que la Sala Constitucional concluyó que estas afectaciones constituían una violación del derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la salud, y un nivel digno de calidad de vida.

Así, en la ponderación, la Sala Constitucional ante los argumentos del MAGA estipuló que no basta con afirmar que no se cuenta con certeza científica para demostrar el daño denunciado por el promovente, porque es preciso tener en cuenta que existen múltiples criterios técnicos nacionales admitidos por la Corte, decisiones y acuerdos internacionales vinculantes para las autoridades, así como estudios científicos documentados en materia ambiental, que arrojan el potencial riesgo en la utilización de tales plaguicidas y productos químicos industriales denunciados por el peticionario (neonicotinoides).

En este sentido, la Corte Suprema buscó dar certeza en la tutela constitucional, basando su análisis en los principios preventivo y precautorio, aludiendo a que en doctrina ambos principios se han tratado significativamente. Es notorio en este precedente el diálogo que se establece entre fuentes del derecho ambiental como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Ley Biodiversidad (No. 7788) de Costa Rica, a partir del cual se concluye que el principio precautorio debe aplicarse cuando no existe certeza respecto a la probabilidad de que una sustancia causa un grave impacto ambiental intolerable, pero existe infor-

mación suficiente que se ha evaluado científicamente, como justamente ocurre en este caso de los neonicotinoides. En concreto, la Corte, al referirse a la Ley de Biodiversidad hizo referencia a la aplicación de los criterios preventivo y precautorio o *in dubio pro natura* para orientar su interpretación.¹⁷¹

En relación con la revisión judicial que se realizó en este caso del derecho a la seguridad alimentaria, la Magistrada Esquivel Rodríguez desarrolló una nota en la cual se expresó que la evidencia técnica recabada por la Sala Constitucional refirió que el uso de neonicotinoides podría constituir un riesgo para las poblaciones de abejas melíferas y que la reducción de la población de polinizadores es una amenaza a la seguridad alimentaria, a la exportación de productos agrícolas y a la biodiversidad. Así, existe una obligación del Estado para garantizar el derecho a la alimentación, el cual se considera cumplido cuando toda la población, y en todo momento, tiene acceso físico, social y económico a alimentos seguros y nutritivos que satisfacen sus necesidades dietéticas y preferencias alimentarias para una vida activa y saludable. Asimismo, el derecho a la alimentación y a la seguridad alimentaria implica una serie de principios que se deben cumplir, entre los cuales se encuentran la disponibilidad, el consumo y la utilización biológica de los alimentos.

La sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica ordenó medidas y plazos de cumplimiento para que en un año el titular del MAGA, en coordinación con el Servicio Fitosanitario del Estado, el Laboratorio de Fitopatología y Biocontroladores de la Escuela de Agronomía del Instituto Tecnológico de Costa Rica y la Facultad de Ciencias Agroalimentarias de la Universidad de Costa Rica, elaborara un estudio científico sobre los efectos en la

¹⁷¹ El artículo 11 de la Ley de Biodiversidad refiere como criterios para su aplicación: "1.- Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas. 2.- Criterio precautorio o In Dubio Pro Natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección [...]".

salud, la biodiversidad y el ambiente en Costa Rica del uso de agroquímicos que contengan neonicotinoides. De encontrarse riesgos o daños graves en la salud, la biodiversidad o el ambiente, incluidas las poblaciones de abejas melíferas, la Corte estableció que deberían adoptarse las medidas correspondientes para resguardar dichos bienes constitucionales.

4.1.2 Caso BASF Agro BV, y las demás partes demandantes contra Comisión Europea

Hechos

En 2008 y 2009 ocurrieron en la Unión Europea una serie de incidentes relacionados con el uso inadecuado de productos fitosanitarios que contenían sustancias activas del grupo de los neonicotinoides, como el fipronil, los cuales ocasionaron la pérdida de colonias de abejas melíferas y llevaron a los Estados miembro afectados a establecer diferentes medidas restrictivas. La Comisión Europea adoptó también medidas para endurecer las condiciones de aprobación de dichas sustancias respecto de la protección de las abejas melíferas y demás organismos no objetivo. Asimismo, la Comisión solicitó a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) realizar una revisión del sistema vigente para la evaluación del riesgo de los productos fitosanitarios para las abejas y posteriormente elaborar un dictamen para responder a preocupaciones específicas sobre el uso de semillas tratadas con productos que contenían fipronil.

En 2013, la EFSA publicó su conclusión sobre la revisión por expertos de la evaluación del riesgo causado por el fipronil utilizado como plagui-

cida para las abejas (conclusion on the peer review of the pesticide risk assessment for bees for the active substance fipronil [conclusión de la EFSA]), en la cual se determinó que hay un alto riesgo agudo para las abejas melíferas que son expuestas a las nubes de polvo que se levantan al sembrar el maíz. La EFSA dictaminó además que no puede excluirse que exista el mismo alto riesgo en los demás cultivos importantes, pero con los datos disponibles no era posible resolver todas las cuestiones planteadas respecto de la exposición de las abejas melíferas al polvo, al consumo de néctar y de polen contaminados. A partir de estos informes, la Comisión decidió modificar las condiciones de aprobación de la sustancia activa fipronil y prohibió el uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que contuvieran esta sustancia.¹⁷²

En contra de este acto, BASF Agro BV (BASF), titular de los derechos exclusivos del fipronil, y otras asociaciones interpusieron una demanda ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE). BASF solicitó la anulación del Reglamento No. 781/2013 argumentando que las modificaciones regulatorias para el uso del fipronil contravenían el Reglamento n.o 1107/2009 que regula el registro, autorización y comercialización de productos fitosanitarios, causando una violación a los principios de segu-

¹⁷² Reglamento de Ejecución (UE) no. 781/2013, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) No. 540/2011 en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia fipronil, y se prohíben el uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que la contengan. La sustancia en cuestión previamente era regulada por la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios. El nuevo Reglamento resultante de los incidentes antes descritos, fue aprobado contando con los dictámenes científicos necesarios y de una mayoría cualificada de Estados miembros. El artículo 1 del Reglamento o acto impugnado limita la utilización de productos fitosanitarios que contengan fipronil, autorizándola únicamente para los cultivos en invernadero y para las semillas de puerros, de cebollas, de chalotes y de hortalizas del género Brassica para siembra en el campo que se cosechan antes de la floración. En su artículo 2, el acto impugnado prohíbe la utilización y la comercialización de las semillas tratadas con productos fitosanitarios que contengan fipronil, salvo en el caso de las semillas para uso en invernadero y las semillas de puerros, de cebollas, de chalotes y de hortalizas del género Brassica para siembra en el campo que se cosechan antes de la floración. En virtud del artículo 3 del acto impugnado, los Estados miembros estaban obligados a modificar o retirar, de conformidad con el Reglamento n.o 1107/2009, las autorizaciones vigentes de productos fitosanitarios que contengan fipronil a más tardar el 31 de diciembre de 2013. El artículo 4 del acto impugnado establecía que todo periodo de gracia concedido por los Estados miembros debía ser lo más breve posible y expirar, a más tardar, el 28 de febrero de 2014.

ridad jurídica, de protección de la confianza legítima y a los derechos de cautela, defensa, de proporcionalidad y de buena administración.¹⁷³ Entre otros alegatos, BASF expuso que la interpretación realizada por la Comisión sobre el principio de cautela en el contexto del acto impugnado fue indebida porque no se llevó a cabo una evaluación de impacto, no se le ofreció la oportunidad de participar en lo relativo a las opciones de gestión del riesgo y se establecieron medidas desproporcionadas.

Después de desarrollar ampliamente una interpretación sobre la preponderancia de las consideraciones ambientales en las decisiones sobre la seguridad de los productos fitosanitarios y la aplicación del principio de cautela, el Tribunal encontró que en el marco de la gestión de riesgo, la Comisión estaba obligada a realizar una evaluación de impacto para modificar las condiciones de aprobación de productos que contuvieran fipronil y prohibir el uso y la venta de semillas tratadas con productos que contuvieran dicha sustancia activa. Así, al concluirse que la falta de una evaluación de impacto constituyó una violación al principio de cautela, el Tribunal anuló los artículos 1, 3 y 4 del Reglamento de Ejecución (UE) No. 781/2013 de la Comisión relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa fipronil, y se prohíben el uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que la contengan.

Criterios del Tribunal General de la Unión Europea

1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La misma normativa requiere que en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de protección del medio

¹⁷³ Se reclamaron infracciones al artículo 4, del artículo 12, apartado 2, de los artículos 21 y 49 y del anexo II, punto 3.8.3 del Reglamento No. 1107/2009.

ambiente que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, la Comisión se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos, y que, en el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea procurarán también alcanzar ese objetivo.¹⁷⁴ Esta protección del medio ambiente tiene una importancia preponderante frente a las consideraciones económicas, por lo que puede justificar consecuencias económicas negativas, incluso importantes, para determinados operadores.

2. El principio de cautela constituye una orientación general del derecho de la Unión Europea que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar, en el marco preciso del ejercicio de las competencias que les atribuye la normativa pertinente, las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos. El principio de cautela permite que, mientras no se despeje la incertidumbre científica sobre la existencia o el alcance de ciertos riesgos para la salud humana o el medio ambiente, las instituciones adopten medidas de protección sin necesidad de esperar a que la realidad y la gravedad de esos riesgos queden plenamente demostradas o a que se manifiesten los efectos perjudiciales para la salud.

3. El alcance del principio de cautela justifica y respalda la adopción de medidas restrictivas para la protección de los intereses públicos en la etapa de evaluación de riesgos de un fenómeno potencialmente negativo, siempre y cuando las medidas sean objetivas y no discriminatorias y existan estudios científicos que demuestren la probabilidad de que se produciría un perjuicio real si el riesgo evaluado se llegara a materializar —independientemente de que no sea posible determinar con certeza la existencia o el alcance de los riesgos—.

¹⁷⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 11 y 114, apartado 3.

4. El principio de cautela obliga a la Comisión a retirar o modificar la aprobación de un producto fitosanitario o una sustancia activa, como, el fipronil, cuando la Comisión cuente con indicios sólidos y concluyentes que le permitan dudar razonablemente que el producto o la sustancia no cumplen con los requisitos de aprobación del nuevo contexto normativo para la protección de las colonias de abejas, o bien cuando la Comisión determine que los datos presentados para obtener su aprobación inicial son insuficientes para dar cuenta de la totalidad de los riesgos para las abejas, aunque en ambos casos la evidencia científica o los datos disponibles no disipen la incertidumbre científica.

5. El principio de cautela obliga a la Comisión a realizar una evaluación de impacto sobre las ventajas de adopción y de los posibles inconvenientes derivados de la falta de implementación de una medida restrictiva para la protección del interés público. La inexistencia o falta de una evaluación de impacto constituye una violación al principio de cautela, lo cual produce la anulación de la medida restrictiva.

Análisis jurisprudencial

El precedente que se analiza en este apartado establece una interpretación de gran relevancia respecto del alcance de las obligaciones de protección al medio ambiente que deben tenerse en cuenta en las decisiones sobre el funcionamiento de los mercados, como las cuestiones relativas al registro, la autorización y comercialización de productos fitosanitarios, para garantizar el principio del desarrollo sostenible. El Tribunal General de la Unión Europea determinó que el análisis de las disposiciones debe enmarcarse en el mandato contenido en el TFUE para dar una importancia preponderante a las preocupaciones ambientales frente a las consideraciones económicas.

Al recordar que el TFUE establece que la política ambiental de la Unión Europea se basará en un nivel de protección elevado y deberá tener en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos, el

Tribunal ponderó ampliamente la aplicación del principio de cautela en el marco de la gestión de riesgos, concluyendo que su utilización se justifica y respalda la adopción de medidas restrictivas para la protección de los intereses públicos en la etapa de evaluación de riesgos de un fenómeno potencialmente negativo, siempre y cuando las medidas sean objetivas y no discriminatorias y existan estudios científicos que demuestren la probabilidad de que se produciría un perjuicio real si el riesgo evaluado se llegara a materializar —independientemente de que no sea posible determinar con certeza la existencia o el alcance de los riesgos—.

En su análisis del caso, el Tribunal estableció que el principio de cautela obliga a las autoridades estatales a adoptar medidas apropiadas para prevenir la generación de riesgos potenciales a la salud pública, a la seguridad y al medio ambiente, incluso cuando no exista certidumbre científica sobre la existencia o el alcance de los riesgos (pág. 9, párrs. 1 y 2), estableciendo que "[la falta o insuficiencia de datos científicos] no debe impedir que la autoridad pública competente adopte medidas preventivas en aplicación del principio de cautela".

Sin embargo, el Tribunal especificó que, cuando subsista la incertidumbre, los especialistas científicos son quienes deben realizar la evaluación científica de los riesgos, para que "la autoridad pública competente disponga de una información lo bastante fiable y sólida como para permitirle comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y determinar su política con conocimiento de causa" (pág. 10, párr. 7). Por tanto, incluso cuando sea imposible determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo evaluado, ya sea por la insuficiencia, imprecisión o por el carácter de no concluyente de los resultados de los estudios realizados, "pero persista la probabilidad de que se produzca un perjuicio real si el riesgo se materializara", el alcance del principio de cautela justifica y respalda la adopción de medidas restrictivas para protección de la salud pública, la seguridad y al medio ambiente, siempre y cuando sean no discriminatorias y objetivas (pág. 11, párr. 1).

Así, en la sentencia se resolvió que las autoridades europeas pueden adoptar medidas preventivas en la etapa de evaluación del riesgo de una actividad determinada con base en el principio de cautela, únicamente, en los casos en los que "a pesar de que la existencia y el alcance del riesgo no han sido 'plenamente' demostrados con datos científicos concluyentes, dicho riesgo [está] suficientemente documentado sobre la base de los datos científicos disponibles en el momento de la adopción de esa medida" (pág. 11, párr. 2).

En este mismo sentido, una vez concluida la evaluación científica de los riesgos, el principio de cautela obliga además a las autoridades estatales a gestionar el riesgo evaluado. Lo cual consiste en la elaboración de acciones para

hacer frente a un riesgo a fin de reducirlo a un nivel que se considere aceptable para la sociedad, [para] garantizar un elevado nivel de protección de la salud pública, de la seguridad y del medio ambiente. [...] Dichas acciones incluyen la adopción de medidas provisionales, que habrán de ser proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes con medidas similares ya adoptadas (pág. 12, párrs. 2 y 3).

Según el Tribunal General, la determinación del nivel de riesgo que se considera inaceptable es una facultad de las instituciones estatales, de acuerdo con la jurisprudencia del tribunal europeo, "dichas instituciones no pueden adoptar una concepción puramente hipotética del riesgo y fijar como objetivo para sus decisiones el 'riesgo cero'" (pág. 11, párrs. 4 y 5). Así, las instituciones estatales están obligadas a tomar en consideración en la determinación del nivel de riesgo que se considera inaceptable: "la gravedad de las repercusiones para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente si dicho riesgo se materializara", junto con "la magnitud de los posibles efectos adversos, la persistencia, la reversibilidad o las eventuales consecuencias a largo plazo de los daños causados y el mayor o menor grado de concreción con que se perciba el riesgo en función de los conocimientos científicos disponibles" (pág. 12, párr. 1).

En esta sentencia se estableció también que el nuevo contexto normativo relacionado con la protección de las colonias de abejas modificó los criterios para la aprobación y revisión posterior de productos fitosanitarios que pudieran afectarlas. Por esta razón, en específico, actualmente

se exige expresamente que la exposición de las abejas a la sustancia activa de que se trate sea tan sólo 'insignificante' o que su utilización no tenga 'efectos agudos o crónicos inaceptables para la supervivencia y el desarrollo de la colonia, teniendo en cuenta los efectos sobre las larvas de las abejas y sobre el comportamiento de las abejas (pág. 13, párr. 5).

Por lo que, si conforme al régimen general de la prueba, la Comisión aporta indicios sólidos y concluyentes que permitan dudar razonablemente que el fipronil no cumple con las nuevas condiciones de aprobación o que los datos presentados para obtener su aprobación inicial "son insuficientes para dar cuenta de la totalidad de los riesgos para las abejas asociados a la sustancia activa en cuestión, en lo que respecta, por ejemplo, a determinadas vías de exposición", "el principio de cautela obliga [a la Comisión] a retirar o a modificar la aprobación de una sustancia activa". Lo anterior pues, según los datos nuevos, la sustancia ya no cumpliría con los criterios de aprobación establecidos en el artículo 4 del Reglamento No. 1107/2009" (pág. 14, párrs. 5 y 6).

En tercer lugar, el Tribunal concluyó que la Comisión estaba obligada a realizar un análisis comparativo de las medidas previstas para la reducción de riesgos, respecto de las ventajas y de los inconvenientes de la acción o de la falta de acción. Aunque, la Comisión no estaba obligada a iniciar un procedimiento de evaluación específico, sí tenía la obligación de ponderar los efectos (positivos y negativos, económicos y de otro tipo, como la protección del medio ambiente o de la salud) de su acción, así como los efectos que ocasionaría su falta de acción en la adopción de su decisión (pág. 24, párr. 5).

En el marco de la aplicación del principio de cautela, cuando la administración adopta medidas restrictivas sobre

los derechos de los administrados basándose, no en una certidumbre científica, sino en una incertidumbre: si bien el administrado debe soportar la posibilidad de que se le prohíba el ejercicio de una actividad económica aunque ni tan siquiera exista la certeza de que esta comporta un riesgo inaceptable, es preciso al menos exigir a la administración que, en la medida de lo posible, mida plenamente las consecuencias de sus actos para los distintos intereses en juego, comparadas con las eventuales consecuencias de su inacción (pág. 25, párrs. 4 y 5).

La inexistencia de una evaluación de impacto constituyó una violación al principio de cautela, ya que "el principio de cautela obligaba a la Comisión a realizar una evaluación de impacto de las medidas previstas" (pág. 25, párr. 6 y pág. 26, párr. 2).

4.2 Análisis de opinión por jueces integrantes de la corte responsable de las sentencias

4.2.1 Incorporación del Acuerdo de Escazú al ordenamiento jurídico costarricense

Damaris Vargas Vásquez

La tradición de respeto a los derechos humanos en Costa Rica se ve reflejada en los diferentes ámbitos del quehacer institucional.

Especial relevancia adquiere la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pues es la única que por disposición legal es vinculante o de aplicación obligatoria.

La Sala es garante de los derechos fundamentales y constitucionales vigentes en la República, por lo que en ese marco de acción es conveniente conocer cuál ha sido su posición en relación con la normativa internacional de derechos humanos, incluyendo los ambientales.

I. Del carácter supraconstitucional de los convenios internacionales cuando regulan los derechos humanos en forma más amplia que la Constitución Política

Desde hace muchos años la Sala Constitucional ha establecido que los convenios internacionales referidos a derechos humanos que otorguen

un mayor nivel de protección que la Constitución Política tienen rango supraconstitucional. En la sentencia No. 19856-2020 del 16 de octubre de 2020, la Sala, refiriéndose al régimen de protección de las aguas subterráneas, dio ese carácter supraconstitucional a la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano y al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el derechos a la vida, a la salud y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrados en los numerales 21 y 50 de la Constitución Política. De ahí, conforme la abundante jurisprudencia desarrollada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha reconocido que los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el país tienen igual valor a la Constitución Política, y priman sobre ésta cuando regulan en forma más amplia el ejercicio de los derechos humanos, con lo cual se les ha otorgado valor supraconstitucional. En esa línea pueden consultarse además las siguientes resoluciones de esa Sala: No. 3429-2018 del 2 de marzo de 2018; 20357-2018 del 7 de diciembre de 2018; No. 18896-2014 del 21 de noviembre de 2014 sobre aguas subterráneas; No. 8892-2012 del 27 de junio de 2012; No. 08985-2010 del 18 de mayo de 2010; No. 14623-2008 del 26 de setiembre de 2008; 1682-2007; 9685-2000; 2313-95; 5759-93; 3435-92; 2425-92, y 1147-90, entre otras.

Esa posición de la jurisprudencia constitucional, de carácter vinculante u obligatoria, adquiere especial relevancia ante el impacto del Convenio de Escazú en Costa Rica, pues, como se verá, contiene normas que van más allá de la normativa interna en el ámbito de protección de los derechos humanos ambientales.

II. Antecedentes relevantes del proyecto de ley

El proyecto de ley denominado "Aprobación del acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia

en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)" corresponde al expediente legislativo No. 21.245.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto No. 2020-6134, de las 12:20 horas del 24 de marzo de 2020, dispuso que existía un vicio de procedimiento en la Asamblea Legislativa al omitirse la consulta previa al Poder Judicial, pues el proyecto establece obligaciones para el Poder Judicial, relacionadas, por ejemplo, con la asistencia técnica y jurídica gratuita (inciso 5), procedimientos públicos (inciso 3.b), entre otros, relacionado con la organización y funcionamiento del Poder Judicial en los términos del artículo 167 de la Constitución Política. Esa norma dispone que "Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea".

En los votos de esa Sala, números 1998-005958, 2001-013273 y 2008-005179, se estableció que cuando un proyecto de ley contiene en su articulado normas explícitas que disponen la creación, la variación sustancial o la supresión de órganos estrictamente jurisdiccionales o de naturaleza administrativa adscritos al Poder Judicial, o bien crea, ex novo, modifica sustancialmente o elimina funciones materialmente jurisdiccionales o administrativas, debe realizarse la consulta al Poder Judicial. En el mismo sentido, como antecedente se puede citar lo resuelto mediante el voto número 2017-004221 de las 9:15 horas del 21 de marzo de 2017, en el que también se incurrió en el vicio de procedimiento de no consultar al Poder Judicial un convenio internacional.

El vicio en referencia fue superado luego de que la Asamblea Legislativa dispusiera a consultar al Poder Judicial, el cual informó que se trata de un proyecto de ley que incide en su organización y funcionamiento. Esta circunstancia exige la aprobación por mayoría calificada del Poder Legislativo. El proyecto tiene como objetivo la aprobación, en cada una de sus

partes, del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.

III. Del régimen de protección ambiental contenido en el Acuerdo de Escazú y su impacto en el régimen judicial

El artículo 1 del Acuerdo dispone:

El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

El Acuerdo de Escazú establece tres principios básicos y su forma de operativización. De seguido se incluye un análisis de la incorporación de ese Acuerdo y sus principios al sistema jurídico de Costa Rica.

A. Accesibilidad de la información ambiental

El Acuerdo establece en el artículo 5 que el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende:

a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita; b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.

Para poder cumplir con ese principio, tratándose de personas en situación de vulnerabilidad, deben establecerse "procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones".

Lo anterior significa que el Poder Judicial debe tomar las previsiones para la elaboración de esos formularios de solicitudes y disponer de la reorganización del personal existente o adicional para la entrega de la información según las especificidades de esa población. En el caso de personas indígenas, por ejemplo, deberá considerarse la necesidad de personas traductoras e intérpretes.

El impacto es significativo, pues debe responderse a la solicitud de información ambiental con la máxima celeridad posible, en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de ésta, o en un plazo menor si así lo previera expresamente la normativa interna. Además, la información debe suministrarse por los medios dispuestos por la persona solicitante.

Si se requiriera un plazo adicional por "circunstancias excepcionales", se debe tomar la previsión para notificar al solicitante por escrito la justificación de la extensión antes del vencimiento del plazo de 30 días, sin que la extensión sea mayor a 10 días hábiles. Se generará un incremento en el servicio de comunicaciones en la institución, pues además de lo expuesto, en el caso de que la institución no posea la información requerida, deberá comunicarlo al solicitante con la máxima celeridad posible, incluyendo, en caso de poderlo determinar, la autoridad que pudiera tener dicha información y remitir la solicitud a la autoridad que posea la información solicitada, y el solicitante deberá ser informado de ello.

El artículo 5 citado señala que debe garantizarse que las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta.

El Poder Judicial, de acuerdo con esa normativa, debe tomar las previsiones de personal que se ocupe de dar asistencia a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad a efectos de que formulen sus peticiones u obtengan respuesta.

Para el caso de los pueblos indígenas no habría mayor impacto en la institución, pues desde 2018 la Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica reguló el servicio de defensa pública a esa población en todas las jurisdicciones, de manera tal que ya se han tomado previsiones al respecto. Sin embargo, esas previsiones tendrían que considerarse para las demás poblaciones en esa situación: adultas mayores, afrodescendientes, detenidas o privadas de libertad, entre otras. Esto último generará un alto impacto en la institución.

El artículo 6 establece la responsabilidad de contar con uno o más sistemas de información ambiental actualizados, que podrán incluir, entre otros, "los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente".

La Comisión de Gestión Ambiental Institucional del Poder Judicial en sesión CGAI-05-2020 del 8 de mayo de 2020, artículo IV, tomó el acuerdo que se incluiría en el sistema de información ambiental, disponible para las personas usuarias internas y externas en su página web, la normativa nacional e internacional ambiental, labor que ejecuta el regente ambiental, quien a su vez tiene otras funciones. Sin embargo, la normativa exige que ese sistema de información incorpore además, un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; labor que está en proceso en la institución con ocasión de los proyectos que está desarrollando la Comisión y que a la larga podría implicar una excesiva carga de trabajo para la persona a cargo que exija replantearse un apoyo adicional, lo cual podría impactar el presupuesto del Poder Judicial.

Debe tomarse en consideración que la normativa exige en el artículo 5 en mención que el sistema de información ambiental se encuentre debi-

damente organizado, lo cual se cumple en seguimiento de la Ley General de Control Interno. No obstante, ese artículo indica, la información debe ser accesibles para todas las personas y estar disponible de forma progresiva por medios informáticos y georreferenciados, cuando corresponda. Sobre esto último debe coordinarse con la Dirección de Planificación, la cual está a cargo del Sistema Geo Referencial.

En el sistema debe agregarse además información sobre el "registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, y de materiales y residuos", lo cual se ha venido realizando en el Poder Judicial en cumplimiento del Plan de Gestión Ambiental que incluye Goicoechea, Turrialba, Grecia, Golfito y San Ramón en lo referente a los inventarios de gases de efecto invernadero, y los demás inventarios se realizan en los edificios de Corte, OIJ, Tribunales y los que han participado en Bandera Azul, como son Golfito, Grecia, Turrialba, Santa Cruz, San Ramón, Pérez Zeledón y está incluido en el plan la Ciudad Judicial, Goicoechea y Pococí. No obstante, para poder responder al requerimiento legal tendría que ampliarse el informe en relación con todos los circuitos judiciales del país, lo cual significa que la respuesta tendría que ser lenta, incumplándose con el objetivo del proyecto; o bien reforzar la labor del regente ambiental con más personal.

El artículo 5 establece además que, con objeto de

facilitar que las personas o grupos en situación de vulnerabilidad accedan a la información que particularmente les afecte [...] que las autoridades competentes divulguen la información ambiental en los diversos idiomas usados en el país, y elaboren formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, por medio de canales de comunicación adecuados.

Para cumplir con ello es conveniente valorar seguir contratando los servicios de personas traductoras e intérpretes en LESCO, idiomas indígenas, entre otros; o bien contratar personal de planta que se ocupe de esas

funciones, pues la información ambiental debe divulgarse en los distintos idiomas que se hablen en el país por medio de canales adecuados, en lo cual debe trabajarse.

B. Participación pública en la toma de decisiones ambientales

El artículo 7, referido a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, establece el deber de promover la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a asuntos ambientales de interés público, tales como el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente.

Se establece que para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos, debe proporcionarse al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones.

Conforme a ello, la institución deberá informar:

1. El tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate y, cuando corresponda, en lenguaje no técnico.
2. La autoridad responsable del proceso de toma de decisiones y otras autoridades e instituciones involucradas.
3. El procedimiento previsto para la participación del público, incluida la fecha de comienzo y de finalización de éste, los mecanismos previstos para dicha participación, y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública.

4. Las autoridades involucradas a las que se les pueda requerir más información sobre la decisión ambiental de que se trate y los procedimientos para solicitar la información.

El Poder Judicial aprobó la Política de Participación Ciudadana que establece la participación de la ciudadanía en varias decisiones institucionales, acorde con la Política de Gobierno Abierto. No obstante, esta normativa es aún más específica, de manera tal que debe valorarse la participación en los procesos asociados a la temática ambiental como, por ejemplo, la construcción del Plan Estratégico Institucional, la actualización del Plan de Gestión Ambiental, eventualmente las contrataciones, entre otros procesos involucrados, lo cual significa que deberán ajustarse los procedimientos institucionales para garantizar esa participación.

Aunado a ello, el derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluirá la oportunidad de presentar observaciones por medios apropiados y disponibles, conforme a las circunstancias del proceso; pues antes de la adopción de la decisión, según indica la norma, deberá tenerse en cuenta el resultado del proceso de participación.

C. Acceso a la justicia en asuntos ambientales

El artículo 8 establece que, para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, se atenderán las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.

De acuerdo con lo expuesto, el Poder Judicial deberá tomar las previsiones presupuestarias o reorganización de los recursos para que la Defensa Pública pueda atender de manera óptima a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad.

Como se indicó, en el caso de la población indígena ya se han tomado previsiones para que la Defensa Pública destine personas defensoras públicas que atiendan a esa población en todas las materias, en ejecución de la Ley de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas de Costa Rica. No obstante, deben ejecutarse las acciones que sean necesarias en relación con el resto de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad o vulnerabilizadas, como son las personas adultas mayores, niñas y niños, detenidas o privadas de libertad, afrodescendientes, migrantes y otros.

El artículo 8 exige que "las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consignadas por escrito", de manera tal que deben tomarse las previsiones para que las sentencias de procesos ambientales de todas las materias que se hayan emitido oralmente se consignen de manera escrita.

Deberá coordinarse con la Dirección de Tecnología de la Información para que los sistemas institucionales ofrezcan este sistema de escritura en las sentencias que actualmente se emiten en forma oral.

La norma prevé la promoción de "mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias."

El Poder Judicial dispone de las acciones desarrolladas por el Centro de Conciliación y la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa para la atención de estos asuntos, sumadas las competencias de todas las personas juzgadoras para participar en las soluciones alternas en cada uno de los procesos judiciales propios de su competencia.

IV. Fortalecimiento de capacidades y oportunidades de mejora

El artículo 10 del Acuerdo de Escazú exige el fortalecimiento de capacidades en los siguientes aspectos:

- ✓ formar y capacitar en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos;
- ✓ desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso para el público, funcionarios judiciales y administrativos, instituciones nacionales de derechos humanos y juristas, entre otros;
- ✓ dotar a las instituciones y organismos competentes con equipamiento y recursos adecuados;
- ✓ promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales mediante, entre otros, la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles educacionales;
- ✓ contar con medidas específicas para personas o grupos en situación de vulnerabilidad, como la interpretación o traducción en idiomas distintos al oficial, cuando sea necesario;
- ✓ reconocer la importancia de las asociaciones, organizaciones o grupos que contribuyan a formar o sensibilizar al público en derechos de acceso; y
- ✓ fortalecer las capacidades para recopilar, mantener y evaluar información ambiental.

Se trata de oportunidades de mejora que el Estado debe asumir en forma prioritaria y proactiva.

Para el caso del Poder Judicial los retos son mayores. El artículo 108 de la Ley de Biodiversidad dispone:

Competencia jurisdiccional En materia de biodiversidad y mientras no exista una jurisdicción ambiental, toda controversia será competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como excepciones de la regla anterior, los delitos contra la biodiversidad serán juzgados por la jurisdicción penal; de igual modo, las controversias que se susciten entre particulares, donde no medie un acto administrativo ni del dominio público, serán competencia de la jurisdicción agraria.

El no haberse cristalizado aún la Jurisdicción Especializada a la que hace referencia esa norma, obliga al Poder Judicial a robustecer la capacitación de la Escuela Judicial y las Unidades de Capacitación para fortalecer las competencias de las personas servidoras judiciales en general, pues los procesos ambientales no sólo son conocidos por las jurisdicciones contencioso-administrativa, penal y agraria, sino además, por todas aquellas cuyas competencias así lo establezcan, por ejemplo, la constitucional, laboral, civil y otras.

El Acuerdo de Escazú obliga a replantear en Costa Rica la posibilidad de crear una jurisdicción especializada, ya sea con recursos ordinarios aprovechando la capacidad instalada como podría acontecer con una eventual jurisdicción especializada indígena; o bien valorando la posibilidad de obtener recursos adicionales para enfocar ambos proyectos. Esta última opción es más compleja ante la situación financiera ocasionada por la atención de la pandemia de Covid-19, de ahí, es preciso acudir a la innovación y reingeniería de los servicios que ofrece el Poder Judicial para buscar soluciones posibles que garanticen a la ciudadanía la materialización de los principios de acceso a la justicia, a la información y la participación ciudadana, conforme al enfoque de avanzada que expone el Acuerdo de Escazú.

La atención idónea de los procesos judiciales vinculados con la materia ambiental y el abordaje de los principios de acceso a la justicia, información y participación ciudadana que plantea esa normativa es un reto para el Poder Judicial de Costa Rica.

En general, se trata de una normativa muy importante para el país y el planeta, que ofrece herramientas para atender todos aquellos conflictos que surjan con ocasión del cambio climático y la resiliencia ambiental. Es un reto que exige la concertación y articulación de acciones de la ciudadanía y de la institucionalidad costarricense.

4.3 Ensayos de opinión invitados sobre las sentencias

4.3.1 Consolidación del Principio Precautorio frente a los Riesgos de los Plaguicidas

Marcos Orellana

Los fallos en comento tratan la aplicación del principio precautorio en materia fitosanitaria y ambiental. Los casos llaman la atención porque les plantean a los tribunales la pregunta de cómo reflejar en el ámbito jurídico la continua evolución del conocimiento científico acerca de los riesgos ambientales y sanitarios de los plaguicidas. Aunque tanto la Corte Suprema de Costa Rica como el Tribunal General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reafirman la importancia del principio precautorio, los remedios que ofrecen son diametralmente opuestos.

Dos antecedentes fácticos ayudan a entender el marco de realidad de los fallos. Primero, en 2008 y 2009, y desde entonces, varios incidentes relacionados con la aplicación de productos fitosanitarios con neonicotinoides han provocado la pérdida de colonias de abejas melíferas. Segundo, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura ha reconocido la importancia de las abejas para la seguridad alimentaria.

Frente a este trasfondo, el Tribunal General conoció de una reclamación de la empresa química BASF que pedía la nulidad de la prohibición, adop-

tada por la Comisión Europea en agosto de 2013, del uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que contengan la sustancia activa fipronil. La Comisión adoptó esta medida sobre la base de la evaluación del riesgo para las abejas de la sustancia activa fipronil usada como plaguicida, publicada en mayo de 2013 por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria. Dicha autoridad identificó, en particular, un alto riesgo agudo para las abejas melíferas en caso de exposición a las nubes de polvo que se levantan al sembrar el maíz.

En fallo de mayo de 2018, el Tribunal General rechazó la demanda de BASF. El Tribunal reafirmó que el principio precautorio impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. Además, el Tribunal General identificó tres fases sucesivas para la aplicación del principio: la identificación de los efectos potencialmente negativos derivados de un fenómeno; la evaluación de los riesgos para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente que conlleva ese fenómeno, y la gestión del riesgo mediante la adopción de medidas de protección adecuadas, cuando los riesgos potenciales identificados rebasen el límite de lo que resulta aceptable para la sociedad.

El Tribunal General utilizó esta construcción interpretativa como marco conceptual para analizar la evidencia científica disponible en el caso de manera pormenorizada.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica conoció de un recurso de amparo para resguardar los derechos a la vida, salud, alimentación y ambiente, interpuesto contra el Ministerio de Agricultura y Ganadería, por mantener la autorización de plaguicidas con sustancias activas que presentan un riesgo a las abejas.

En fallo de diciembre de 2019, la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de amparo, apoyando su análisis en el principio precautorio.

La Sala consultó a órganos técnicos y expertos, los que informaron que el uso de neonicotinoides podría constituir un riesgo para las poblaciones de abejas melíferas, entre otros riesgos tanto a la salud humana, la alimentación y la biodiversidad. El fallo también observó que datos del World Resources Institute presenta a Costa Rica como el mayor consumidor de plaguicidas en el mundo, con 51.2 kg por hectárea.

Sin embargo, en vez de ordenarle a la autoridad administrativa que prohibiera la comercialización de los plaguicidas peligrosos, la Corte Suprema le otorgó un año de plazo al Ministerio de Agricultura y Ganadería para la elaboración de un estudio científico sobre los riesgos asociados a los agroquímicos que contengan neonicotinoides, y, de encontrar riesgos o daños, entonces tendría que adoptar medidas para resguardar la salud, la biodiversidad o el ambiente; esto es, que a pesar de identificar riesgos para la salud y el ambiente asociados a los plaguicidas en cuestión, el fallo de la Corte Suprema simplemente mantuvo la desprotección.

Estos dos fallos reflejan tendencias que cabe recalcar. En primer lugar, la jurisprudencia comparada evidencia la consolidación del principio precautorio frente a los riesgos de plaguicidas peligrosos. Esta consolidación se aprecia en el raciocinio y sustento normativo de los fallos. Así, la aplicación del principio es relevante tanto cuando éste tiene una base normativa expresa, como es el derecho general de la Unión Europea, como cuando la función jurisdicción aborda el amparo de derechos constitucionales. De esta manera, los canales para el diálogo entre el derecho ambiental y los derechos humanos le permiten al principio precautorio fortalecer los niveles de protección ambiental y de salud.

Sin embargo, a pesar de la tendencia de consolidación interpretativa, también se pueden apreciar debilidades en la aplicación del principio, y en particular en los remedios frente a los riesgos graves de los plaguicidas peligrosos. Aunque la Corte Suprema de Costa Rica ofrece un sólido sustento normativo para su fallo, su remedio no responde al contenido del principio precautorio. Más bien, el fallo meramente prolonga la exposi-

ción a los riesgos ambientales, alimentarios y de salud humana. Ésta es una vieja táctica conocida como "parálisis por análisis" que ciertos intereses económicos emplean para mantener posiciones de mercado y continuar lucrando con productos peligrosos, a costa de la salud de las personas y del medio ambiente.

Finalmente, un último punto a destacar es que el principio precautorio opera con base en evidencia científica. Ambos tribunales examinaron en detalle la evidencia científica disponible, y utilizaron el principio precautorio para abordar la incertidumbre que subyace en ciertas áreas de conocimiento científico. En definitiva, el principio precautorio no es una herramienta para sustentar normas y medidas jurídicas sin base científica, sino más bien opera cuando la ciencia evidencia riesgos aunque a la vez reconozca incertidumbres. Como el quehacer científico va fortaleciendo el conocimiento frente a los riesgos que nos amenazan, el derecho encuentra en el principio precautorio un interfaz para traducir ese conocimiento científico en protección jurídica.

4.4 Análisis comparado y conclusión

Claudia S. de Windt

Ambos casos analizados en este tema versan acerca de la autorización para el uso de sustancias tóxicas en consideración de su impacto en la salud humana, la biodiversidad y las abejas.

El precedente costarricense, formulado por la Corte Suprema, y el europeo, surgido de un tribunal regional en el ámbito de la integración de la Unión. En ambos casos prevalece la aplicación del principio precautorio y priman las garantías procesales para asegurar y tutelar el derecho a un medio ambiente sano. Como trasfondo de ambos precedentes están los impactos económicos de la no comercialización de las sustancias tóxicas en cuestión. Existen referencias cruzadas entre los casos, ya que la evidencia científica en uno es el fundamento de los alegatos en otro. En el caso europeo se destaca cómo las directivas regionales internalizan los principios del derecho ambiental y la ponderación de la evidencia para la protección de la salud y el ambiental. En contraste, en el caso costarricense se destacan elementos de gran relevancia y aportes invaluable al constitucionalismo ambiental.

**V. Ensayos y opiniones
sobre temas emergentes
en la justicia ambiental y climática**

5.1 Los principios en la labor judicial por el Estado de Derecho Ambiental

Claudia S. de Windt

Los principios por definición son una verdad fundamental, una proposición que sirve de base a un sistema de creencias, convicciones y valores que rigen nuestro comportamiento. Los principios son esenciales en el Estado de derecho ambiental, teniendo en cuenta que el propósito del derecho ambiental es cambiar el comportamiento humano para tener resultados ambientales positivos.

La desigualdad que existe en nuestro hemisferio sumada a los impactos del cambio climático, en los ecosistemas, en la seguridad hídrica y en los eventos extremos, así como en la crisis de la biodiversidad, son muestra de que no hemos logrado el balance que debe existir en la relación entre el ser humano y la naturaleza. El derecho ambiental no ha logrado su fin último de cambiar nuestro comportamiento y estos desafíos cada vez más llegan a manos de la justicia. Los jueces son llamados a buscar el equilibrio aportando con el uso de principios al desarrollo del derecho internacional y su aplicación.

Así, "puede decirse que tanto los principios como las reglas son normas, en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, pero son

normas de distinta naturaleza, porque, a diferencia de las reglas, los principios son normas sin una situación típica normativa predeterminada y de prescripción genérica".¹⁷⁵

La jurisprudencia en las Américas muestra tendencias de avance y consolidación de los principios a partir de la adjudicación, en disciplinas tales como el constitucionalismo, los derechos humanos y el derecho internacional ambiental. Se destacan principios como el de la legalidad, así como aquellos relativos a la prevención y la precaución, *in dubio pro natura* y su relación con los derechos de la naturaleza, los ríos y su personalidad, como ha sido el caso en los fallos de los ríos Atrato y Bogotá.

Principios como el de la función ecológica de propiedad que se deriva de la función social y que está presente en constituciones como las de Brasil y Costa Rica, el principio de la naturaleza propter rem de las obligaciones ambientales, y el principio 10 de Río sobre derechos de acceso que indica que la mejor forma de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los interesados. Este principio tuvo un papel central en el amparo relacionado con la consulta previa y la construcción del Acueducto Independencia en México.

Entre otros principios vinculados con los derechos humanos que muestran evolución, cabe citar el principio de no regresión, en los estándares ambientales ni en su aplicación, y que es un principio homólogo al principio de la progresividad en los derechos humanos.

Algunos ejemplos del desarrollo de los principios en la jurisprudencia de la región se ilustran en fuentes como los "Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable", aprobados en la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana,¹⁷⁶ la Declara-

¹⁷⁵ Cafferatta, Néstor A., *Del diálogo de fuentes como método de aplicación del derecho ambiental*, 2011.

¹⁷⁶ Cumbre Judicial Iberoamericana, Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable, de septiembre de 2018. Disponible en: «<http://www.cumbrejudicial.org/>»

ción de Brasilia sobre justicia hídrica¹⁷⁷ y los principios que se desprenden de las normas constitucionales en Costa Rica a partir de la sistematización de 25 años de las decisiones adoptadas por la sala constitucional y el Tribunal Constitucional, entre otras fuentes.¹⁷⁸

Los principios son concebidos como mandatos de optimización,¹⁷⁹ son normas que ordenan que "algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes", conceptos jurídicos indeterminados, estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad,¹⁸⁰ es un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral. Los principios poseen una estructura abierta y flexible, aunque tienen una dimensión de peso o importancia.

La prevalencia o el peso en la ejecución de los principios depende del contexto, el país y la fuente de origen de los mismos.

En la labor jurisdiccional, los principios contribuyen a teorías de implementación, sirven de marco para la interpretación de los mas de 500 acuerdos multilaterales vigentes en la región y aportan a la prevención de la conflictividad.

images/imagenes/Principios_Jur%C3%ADdicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecol%C3%B3gicamente_Sustentable.pdf».

¹⁷⁷ Brasilia, Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica* (Declaración de 10 Principios), 8vo. Foro Mundial del Agua, Brasilia (Brasil), de marzo de 2018. Disponible en: «https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilija_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation.pdf».

¹⁷⁸ 2014. Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional / Poder Judicial; Sala Constitucional; Escuela Judicial – 1 ed. – San José, C.R.: Poder Judicial. Departamento de Artes Gráficas, 2014, p. 128.

¹⁷⁹ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos humanos fundamentales y la teoría de los principios*, núm. 28, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003, pp. 93-103, en Cafferatta, Néstor A., *Del diálogo de fuentes como método de aplicación del derecho ambiental*.

¹⁸⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 72, y ss., *Los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas, la dimensión de peso específico o importancia; del mismo autor, "¿Es el derecho un sistema de normas?"*, *La Filosofía del derecho*, 2a. ed., México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2020, en Cafferatta, Néstor A., *Del diálogo de fuentes como método de aplicación del derecho ambiental*.

Con la consolidación de principios en sus fallos los jueces van cerrando la brecha entre la legislación y la implementación. Los principios aportan objetividad en la implementación con base en criterios claros en la solución de conflictos, contribuyendo además al dialogo jurisprudencial, tan necesario ante el desafío ético y jurídico que el cambio ambiental significa en nuestro tiempo.

El derecho ambiental no es un derecho de daños, es un derecho más bien preventivo, entonces, ante la duda y falta de prueba los jueces tienen la responsabilidad de tutelar la naturaleza y los derechos de las personas. Las decisiones recientes muestran el valor de la implementación progresiva de las fuentes del derecho internacional, tales como tratados, jurisprudencia, doctrina y, sobre todo, de los principios, utilizando elementos de diferentes disciplinas legales para impedir la evolución del riesgo o daño ambiental, y gestionar numerosas incertidumbres para las cuales la función precautoria del derecho ambiental es clave.

Sin duda, los jueces de las Américas están adjudicando nuestro futuro. Las dificultades están destinadas a alertar, mas no a desalentar. Estamos en alerta. La protección de los hábitats en una región megadiversa como la nuestra es la única garantía de especies y nuestra propia supervivencia.

Los grandes intereses que confluyen en la conflictividad socioambiental que experimenta la región sólo pueden ser balanceados con el mallet de la justicia.

El diálogo jurisprudencial y la acción judicial en la protección de nuestra casa común es un imperativo moral de legitimidad, rectitud y equilibrio y debe entregar más que esperanza.

Albert Einstein dijo que hay dos formas de vivir. Una como si nada fuera un milagro y la otra como si todo fuera un milagro. Ese todo es el tejido de la vida resultante de miles de millones de años de creación. La evolución y consolidación de principios como un valor compartido por la sociedad en el arte de hacer justicia es lo que ayudara a preservarlo.

5.2 Aplicando el principio *in dubio pro natura* para la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental

Nicholas Bryner¹⁸¹

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 para la sostenibilidad ambiental en el sistema jurídico, contribuyendo al 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, utilizando mecanismos procesales como el desplazamiento de la carga de la prueba y otras formas para dar mayor efectividad a la legislación ambiental.

Uno de los deberes fundamentales de los gobiernos es proteger los derechos e intereses de las personas y los grupos vulnerables, así como las

¹⁸¹ Publicado originalmente como Bryner, Nicholas, "Aplicando el principio '*in dubio pro natura*' para la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental", *Estado de derecho en materia ambiental: Tendencias en las Américas: Ensayos seleccionados*, Secretaría General de la OEA, 2015, pp. 174-183. Traducido al español por Alejandra Rabasa Salinas con autorización del autor.

minorías. El Estado de derecho en materia ambiental sostiene que este deber y sus principios relacionados deben implementarse con toda su fuerza en los asuntos relacionados con el medio ambiente. Varios Estados de la región han incorporado y desarrollado este principio emergente del derecho, 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 *in dubio pro reo* en el contexto del derecho penal y la presunción de inocencia del derecho común, así como el principio *in dubio pro homine* en el marco jurídico de los derechos humanos. El reconocimiento del principio *in dubio pro natura* es un elemento fundamental para la consolidación del Estado de derecho en materia ambiental. Por ejemplo, los poderes judiciales han aplicado este principio en la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales sobre la conservación de la naturaleza y el medio ambiente, mediante mecanismos procesales como la inversión de la carga de la prueba en los litigios ambientales, con el fin de proveer una mayor eficacia a la legislación ambiental. Este ensayo analiza cómo se ha aplicado el principio *in dubio pro natura* en la región interamericana, incluyendo precedentes judiciales en Brasil y Costa Rica, así como las disposiciones constitucionales en el Ecuador. También se sugieren 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.

En este contexto, el Estado de derecho en materia ambiental es la idea modesta aunque directa de que esos mismos principios se apliquen 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 su cumplimiento y aplicación efectiva.

El marco jurídico y el sistema para su aplicación y el cumplimiento sólo será efectivo si se construye sobre un fundamento ético que conduzca a cambios en el comportamiento de toda la sociedad. Si el Estado de derecho se basa en el respeto 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 materia ambiental depende también de que se consideren las preocupaciones ambientales. La construcción de este fundamento requiere dedicarle esfuerzos a una ética para la 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" (*a Sand county almanac*).¹⁸² Leopold vio las preocupaciones ambientales como una extensión lógica de la ética, como el subsiguiente a 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 mediante 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.¹⁸³

¹⁸² Leopold, Aldo, *A Sand County Almanac And Sketches Here and There*, New York, Oxford University Press Inc., 1949.

¹⁸³ *Ibidem*.

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 personas 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 para la sostenibilidad ambiental en el sistema legal es la aplicación de un principio emergente del derecho, *in dubio pro natura*, en el cual se resuelve la incertidumbre a favor de un resultado que dará lugar a una mayor protección del medio ambiente 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 penal *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.¹⁸⁴

Varios Estados de la región interamericana han empleado el principio *in dubio pro natura* en decisiones judiciales y lo han incluido en disposiciones constitucionales o legislativas. Por ejemplo, los tribunales han aplicado este principio en la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales sobre protección del medio ambiente, utilizando mecanismos procesales como el desplazamiento de la carga de la prueba en los litigios ambientales, con el fin de dar a las leyes ambientales una mayor eficacia.

¹⁸⁴ Véase Russo, Ricardo y Russo, Josefina, "In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales", *Tierra Tropical*, núm. 5, 2009, Russo y Russo refieren diversos principios análogos: *in dubio pro reo* en el derecho criminal; favor debitoris en el derecho civil; *in dubio pro operario* en el derecho laboral; y el principio *pro homine* en los derechos humanos.

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 analizan casos específicos en los cuales este principio ha sido aplicado en el hemisferio occidental, incluyendo algunas decisiones judiciales en Brasil y Costa Rica, así como disposiciones constitucionales en Ecuador. El texto concluye con recomendaciones para posibles nuevas aplicaciones adicionales del principio *in dubio pro natura* 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, debe resolverse a favor de la acción 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, el principio *in dubio pro natura* significa una preferencia por las 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, este principio da peso a la interpretación de las disposiciones constitucionales, leyes, políticas y normas que favorecerá en mayor medida la protección ambiental.

La formulación del principio *in dubio pro natura* se ha planteado por analogía con 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 sentencia publicada en 1995 incluyó una cita sobre este principio, ilustrando 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.¹⁸⁵

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, como en la valoración de las pruebas y la carga de la prueba. En el primer caso, si la disposición penal no es clara en cuanto su aplicabilidad o la forma en que debe aplicarse, el principio *in dubio pro reo* significa que debe realizarse la interpretación de la ley que sea más favorable para el acusado; esto asegura que los gobiernos deban definir clara y deliberadamente cuáles conductas están penalmente prohibidas. En relación con el 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.

Por lo tanto, este principio guía a los organismos administrativos y judiciales para evitar acciones o decisiones que pueden conducir a un daño ambiental. En otras palabras, las leyes o decisiones que permitan una

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 5893, de 27 de octubre de 1995.

actividad que pueda dañar al ambiente deben ser inequívocas a fin de garantizar la correcta deliberación, la transparencia y la rendición de cuentas. El efecto disuasorio previsto en la legislación ambiental implica que todos aquellos que se involucren en una acción que suponga un riesgo de daño al medio ambiente sepan que las normas ambientales serán interpretadas, de manera general, en su contra.

La aplicación incorrecta o ausencia de un sistema de derecho ambiental pueden crear un riesgo de daños irreversibles al medio ambiente. El principio *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.

1.2. Relación con otros principios del derecho ambiental

Para resolver la incertidumbre a favor de la naturaleza —la esencia del principio *in dubio pro natura*— es complementaria de, pero se distingue de otros principios y conceptos en el derecho ambiental, incluyendo los derechos de la naturaleza, 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, como ocurre en Bolivia¹⁸⁶ o Ecuador,¹⁸⁷ el derecho debe obligar lógicamente la aplicación del principio *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, este 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;

¹⁸⁶ 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).

¹⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 71.

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.¹⁸⁸ En Brasil, por ejemplo, la combinación del derecho humano a un "medio ambiente ecológicamente equilibrado" con el correspondiente deber del Estado y de la comunidad "para defenderlo y preservarlo",¹⁸⁹ 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 cuando puedan afectarse los intereses ambientales.

El principio *in dubio pro natura* está vinculado con y es complementario de las normas que establecen el principio de precaución o enfoque de precaución en el derecho ambiental nacional e internacional, lo cual supone aplicar preferentemente la prevención de daños al medio ambiente en lugar de la reparación después de los hechos. Sin embargo, el principio *in dubio pro natura* puede y debe ser distinguido del principio de precaución en su 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, interpretaciones o formulaciones del principio de precaución.¹⁹⁰ La idea de un enfoque pre-

¹⁸⁸ Véase Robinson, Nicholas A., "Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?", *Environmental Law and Policy Journal*, núm. 44, 2014, pp. 13-27. (Promoviendo el principio *in dubio pro natura* en el contexto de la implementación de los derechos ambientales).

¹⁸⁹ Constitución Brasileña de 1988, artículo 225.

¹⁹⁰ Véanse Powell, Russell, "What's the Harm? An Evolutionary Theoretical Critique of the Precautionary Principle", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, núm. 2, 2010, pp. 181-206. (Crítica el principio de precaución desde una perspectiva filosófica, pero señalando su formulación como una herramienta de análisis de riesgos y creación de políticas); Ambrus, Monika, "The Precautionary Principle and a Fair Allocation of the Burden of Proof in International Environmental Law", *Review of European Community & International Environmental Law*, [lugar], núm. 21, 2012, pp. 259-261. (Discute los entendimientos "sustantivos" y "procesales" del principio de precaución y argumenta que estos dos tipos de entendimientos son complementarios).

cautorio reconoce 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 en el mundo, 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.¹⁹¹

La distinción fundamental para efectos de la presente discusión es que el principio o enfoque de precaución, como se describe en el Principio 15 de la Declaración de Río, se basa en la incertidumbre científica. En esencia, el principio altera la carga de la prueba en la formulación de políticas ex ante.¹⁹² 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.¹⁹³ Este cambio de la carga probatoria implica, cuando una persona proponga una actividad con potencial de causar daños al medio ambiente, que tiene la responsabilidad afirmativa de demostrar que el riesgo es bajo antes de que se autorice dicha actividad.

1.3. Aplicabilidad

El principio *in dubio pro natura* llama a resolver las incertidumbres a favor de la naturaleza. Para plantear esta idea general de cómo el principio

¹⁹¹ Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 15. Disponible en: «<http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>».

¹⁹² 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.' Véase Ambrus, *supra* nota 456, en 261.

¹⁹³ *Ibidem*, 262.

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 este principio. El principio de precaución es una herramienta útil para las decisiones de formulación de políticas; es "inherente al concepto de desarrollo sostenible"¹⁹⁴ 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".¹⁹⁵ 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 principio *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 resuelva las ambigüedades a favor de la interpretación que mejor promueva la protección del medio ambiente o el disfrute de los derechos relacionados con el medio ambiente.¹⁹⁶ En cuanto a las leyes o normas que no son "legislación ambiental" *per se*, este principio se aplica cuando hay incertidumbre en cuanto a cómo esas leyes pueden afectar el ambiente o los recursos naturales.

En un procedimiento judicial, los jueces también pueden aplicar este principio en la evaluación de la evidencia frente a estándares legales rígidos. 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 principio *in dubio pro natura* obliga a "una

¹⁹⁴ Wirth, David A., "The Rio Declaration on Environment and Development: Two Steps Forward and One Back, or Vice Versa?", *Georgia Law Review*, núm. 29, 1995, pp. 599-634.

¹⁹⁵ World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission), *Our Common Future*, ch. 2, para. 1 (1987).

¹⁹⁶ Véase Discusión con respecto a la aplicación del principio en este contexto en Brasil.

decisión que protege mejor a la naturaleza".¹⁹⁷ 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 periodo 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 principio *in dubio pro natura* puede resolver ambigüedades sobre el mandato a una agencia o sobre los criterios que debe utilizar para determinar si debe emitir un permiso para una actividad concreta. También puede utilizarse para establecer un estándar en los procesos de toma de decisiones en relación con 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 principio *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

¹⁹⁷ Robinson, *supra* nota 454, en 16.

aplicación de un principio a favor de la naturaleza por analogía con otras ramas del derecho. Sin embargo, estas decisiones de los tribunales se superponen con el concepto del principio de precaución. Esto limita la aplicabilidad del principio *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 1995.¹⁹⁸ En ese caso, la Corte defendió la Ley Forestal de Costa Rica y un Decreto Ejecutivo relacionado con ésta contra una demanda relativa a que algunos de sus disposiciones eran inconstitucionales, dado que violaban derechos de 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 grupos vulnerables.¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

A partir de 2013, esta decisión sobresaliente ha sido citada por 27 casos subsiguientes en el Tribunal Constitucional de Costa Rica. La mayoría de éstos son referencias a partes específicas de una decisión sobre el alcance del derecho ambiental en relación con la responsabilidad del gobierno para llevar a cabo las evaluaciones de impacto ambiental (EIA), basándose en el principio de precaución. Muchos de los casos de Costa Rica utilizan el principio *in dubio pro natura* y el principio precautorio indistintamente.²⁰¹ Esto también está presente en la legislación costarricense, en normas como la Ley de Biodiversidad, que ofrece una formulación del

¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 5893, 27 de octubre de 1995.

¹⁹⁹ *Ibid.*, véase *supra* nota 451 y el texto que le sigue.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ E.g., Sentencia 18855 of 2010, 12 de noviembre de 2010.

principio de precaución de la Declaración de Río. La Ley No. 7788 de 1998; el artículo 11 es esencialmente una formulación del principio de precaución de la Declaración de Río.²⁰²

Esta jurisprudencia es importante en la consolidación de la base jurídica del principio *in dubio pro natura* 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.²⁰³ 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).²⁰⁴

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.²⁰⁵ 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

²⁰² Ley de Biodiversidad de Costa Rica, No. 7788 de 1998.

²⁰³ Superior Tribunal de Justiça (Brasil), REsp 1.145.083/MG, DJe 04.09.2012 (2a Turma, Rel. Min. Herman Benjamin).

²⁰⁴ Lei da Ação Civil Pública, No. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Brasil).

²⁰⁵ *Ibidem.*, art. 3.

por una u otra: daños o requerimiento judicial.²⁰⁶ 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 interpretados con la intención de darles el mayor alcance en la consecución de su objetivo.²⁰⁷ Por lo tanto, la interpretación del Tribunal del derecho ambiental se hizo bajo el principio *in dubio pro natura*.²⁰⁸

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 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 puede resolver cualquier incertidumbre en la ley a favor de una mayor protección del medio ambiente.²⁰⁹

El razonamiento detrás de este conjunto de casos del STJ también obliga a desplazar la carga de la prueba en 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.²¹⁰

²⁰⁶ Resp 1.145.083/MG en 5-6.

²⁰⁷ *Ibidem.* en 15.

²⁰⁸ *Ibidem.* en 16.

²⁰⁹ 475 Superior Tribunal de Justiça (Brazil), REsp 1.367.923/RJ, DJe 06.09.13 (2a Turma, Rel. Min. Humberto Martins) (traducción del autor).

²¹⁰ *Ibidem.*

2.3. Ecuador

En Ecuador hay un principio de formulación legal a favor de la naturaleza consagrado en la Constitución del país en 2008. El artículo 395 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".²¹¹

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".²¹²

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.²¹³ La jurisprudencia sobre los derechos de la naturaleza y conceptos relacionados en la Constitución del Ecuador, incluyendo la articulación constitucional del principio *in dubio pro natura*, están, sin embargo, en sus etapas iniciales.

En 2011 una Corte provincial en el país reconoció, por primera vez, una demanda presentada en nombre de los derechos de la naturaleza.²¹⁴

²¹¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 395, para. 4.

²¹² *Ibidem.* artículo 73.

²¹³ *Ibidem.* artículo 14.

²¹⁴ Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, Sentencia No. 11121-2011-0010, de 30 de marzo de 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>».

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.²¹⁵ 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.

Conclusiones

El principio *in dubio pro natura* tiene un gran potencial para la conducción de los actuales sistemas jurídicos hacia un Estado de derecho en materia 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 este principio y definir de forma amplia las situaciones en las que se puede aplicar.

La expansión de la aplicación de este principio a otros países y contextos plantea varios desafíos. Sin embargo, éstos no menoscaban su valor y potencial para promover cambios sustanciales de comportamiento.

Por ejemplo, ¿cómo pueden los jueces decidir los casos en los que el principio *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 el *in dubio pro reo* en derecho ambiental penal?

ec/wp-content/uploads/2014/05/LIBRO_defendiendo_a_la_naturaleza.pdf». (consultado el 23 de mayo de 2015).

²¹⁵ *Idem*.

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 de este 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. Si 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.

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 "gane", sino que crea una preferencia a favor de la naturaleza—. Esto se basa en un entendimiento 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, el principio *in dubio pro natura* es un principio que anima al juez, que representa el último escalón en el ciclo de cumplimen-

to 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.

5.3 Enfoques sobre el papel de la justicia en asuntos emergentes: la crisis climática

Christina Voigt²¹⁶

a. ¿Puede el Acuerdo de París tener un papel en el litigio interno sobre el cambio climático?

Este breve ensayo trata el papel que puede tener el Acuerdo de París en los litigios sobre cambio climático que se presentan en cada país. Actualmente, hay un número creciente de casos sobre cambio climático en la justicia, promovidos entre otros por grupos ciudadanos, individuos, frecuentemente niños entre otros actores que han iniciado acciones legales en contra de gobiernos y empresas en relación con el cambio climático. Lo vemos en diferentes países: Australia, Irlanda, Alemania, Noruega, Colombia, Pakistán, Perú, y más recientemente en Brasil, entre otros. Esta ola de litigios se está aproximando a todo el mundo, y es fascinante. En muchos de los casos, se enfrenta el simple hecho de la inacción gubernamental en relación con diversas obligaciones legales como disposi-

²¹⁶ Reproducido y traducido con autorización de la autora, basado en sus palabras durante el evento paralelo a la PRECOP25 "Innovaciones Jurídicas para la Implementación del Acuerdo de París: Medidas Judiciales y Soluciones Basadas en la Naturaleza".

ciones constitucionales existentes, estándares de derechos humanos o compromisos internacionales. En algunos casos, se pretende impulsar la creación de mejor o nueva legislación sobre la materia. Sin embargo, estos litigios tienen un aspecto recurrente, coinciden en que sus promotores destacan que los gobiernos no hacen lo suficiente para abordar las causas o las consecuencias del cambio climático.

Ahora bien, tratándose la pregunta ¿cuánto es suficiente?, la ciencia ha sido particularmente clara. El Informe Especial de 2018 sobre el calentamiento global de 1.5 °C del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) hizo una afirmación muy precisa al señalar que, para tener la oportunidad de mantener el calentamiento global en algún punto entre 1.5° y 2° C, las emisiones globales de dióxido de carbono CO₂ deben reducirse a cero para mediados de siglo y mantenerse por debajo de cero. Éste es un mensaje muy claro que, además, está siendo escuchado por los ciudadanos del mundo.

Las leyes, la regulación e incluso las constituciones se están rezagando en muchos países frente a este rápido desarrollo de la ciencia y del derecho internacional. Mis observaciones y cuidadoso análisis de estos casos que se han presentado alrededor del mundo, advierten que las disposiciones del Acuerdo de París se han comenzado a utilizar de manera muy directa para interpretar y dar contenido a las normas nacionales —especialmente, disposiciones constitucionales y obligaciones de derechos humanos—. Mas aún, las disposiciones del Acuerdo de París se han utilizado para interpretar, dar contenido y llenar vacíos legales en el plano nacional. En este contexto, enfatizaré en cuáles disposiciones del Acuerdo de París han sido utilizadas y en cómo, con ejemplos concretos.

En primer lugar, ¿cuáles disposiciones del Acuerdo de París se han utilizado? Es de público conocimiento que este acuerdo es un tratado internacional vinculante en el ordenamiento del derecho internacional público y como tal contiene obligaciones vinculantes para sus partes. Ahora bien,

la mayoría de estas obligaciones son de naturaleza procesal. Por ejemplo, cada Estado parte debe presentar contribuciones determinadas en el ámbito nacional (NDC, por sus siglas en inglés), también conocidas como planes de acción climática, cada cinco años. Los Estados parte deben además informar sobre el progreso en la implementación y el logro de dichas contribuciones.

A menudo se señala que el Acuerdo de París establece una estructura de "abajo hacia arriba" (*bottom-up*) y que la única obligación de los Estados parte es crear un plan de acción climática cuyo contenido no es parte del derecho internacional público. Esta aseveración no es totalmente acertada, ya que el Acuerdo de París también establece objetivos globales únicos y distintivos. Por ejemplo, el acuerdo establece el objetivo de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2° C y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1.5° C, y proporciona una guía sobre lo que deben incorporar los Estados parte a sus contribuciones determinadas en el ámbito nacional.

Esto es muy claro, por ejemplo, en el artículo 4.3 del Acuerdo, que establece que la NDC de cada parte representará una progresión con respecto a la NDC que esté vigente para esa parte, lo que significa que la nueva NDC tendrá que incrementar su nivel de ambición y reflejar la mayor ambición posible de dicho Estado parte. Estos dos elementos, en conjunto con la obligación de limitar el aumento de la temperatura media mundial prevista en el Acuerdo de París, generan una fuerza normativa sólida; misma que ha sido reconocida por los precedentes judiciales nacionales y el derecho internacional. En este orden de ideas, corresponde entonces considerar el segundo aspecto de énfasis, que es cómo han sido utilizadas las disposiciones del Acuerdo de París en apoyo de los objetivos climáticos a distintos niveles.

Un caso resuelto por el juez Brian Preston de Tribunal de Territorio y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur²¹⁷ confirmó la negativa a con-

²¹⁷ Gloucester Resources Ltd. v. Minister for Planning [2019] NSWLEC 7 (8 de febrero de 2019).

sentir un nuevo proyecto de carbón e ilustra cómo se han utilizado las disposiciones del Acuerdo de París. Como parte de la negativa, el juez hizo referencia —en varias ocasiones— al Acuerdo, a los objetivos de limitar la temperatura mundial y el requisito de que cada parte muestre su mayor ambición posible. Por ejemplo, el juez afirmó:

Ningún nuevo desarrollo de proyectos de combustibles fósiles es compatible con el cumplimiento de los objetivos climáticos del Acuerdo de París. El cumplimiento de los objetivos climáticos del Acuerdo de París no sólo significa que deben cerrarse las minas y los pozos de gas que se encuentran actualmente en funcionamiento antes de que se complete su vida útil, sino también que no es posible implementar ningún proyecto de combustibles fósiles aprobado ni propuesto, basado en las reservas existentes.

Éste es un ejemplo muy claro de las referencias al Acuerdo de París en casos judiciales domésticos para dar sentido y contenido a las leyes y reglamentos nacionales.

Otro ejemplo es una declaración reciente de cinco órganos de tratados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).²¹⁸ Éstos emitieron una declaración sobre las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos del cambio climático, el 16 de septiembre de 2019. Los cinco órganos dejaron muy claro el vínculo con el Acuerdo de París en tanto a lo que respecta a informar y dar contenido a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

Los órganos señalaron en dicha declaración que:

Para que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos y logren los objetivos del Acuerdo de París, deben adoptar e implementar políticas destinadas a reducir las

²¹⁸ Declaración conjunta sobre "Derechos Humanos y Cambio Climático", septiembre de 2019. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E>».

emisiones, que reflejen la mayor ambición posible [este es un vínculo directo con el artículo 4.3 del Acuerdo de París], fomenten la resiliencia climática, y aseguren que las inversiones públicas y privadas sean consistentes con el camino hacia un desarrollo con bajas emisiones de carbono y resiliente al clima.

Nuevamente, estos cinco órganos de tratados señalan claramente que el Acuerdo de París debe utilizarse para interpretar el contenido de las obligaciones de derechos humanos de los Estados miembros.

El tercer ejemplo que cabe mencionar es una comunicación presentada ante el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el 23 de septiembre de 2019.²¹⁹ Ésta fue presentada por 16 niños en contra de cinco Estados. Los menores y su abogado argumentaron que para hacer frente a la crisis climática las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos deben basarse en las reglas y principios del derecho ambiental internacional. En este sentido, se argumenta que los derechos humanos deben interpretarse teniendo en cuenta las obligaciones derivadas del Acuerdo de París. Por ello, los niños afirmaron que los Estados en contra de los cuales se interpuso la comunicación no han logrado prevenir daños predecibles a los derechos humanos de la niñez, en este caso, los derechos a la vida, la salud y la cultura: "estos Estados han fallado en prevenir daños predecibles a los derechos humanos causados por el cambio climático, al no reducir las emisiones con la mayor ambición posible".

Nuevamente, en este caso se hace referencia directa al principio de la máxima ambición posible previsto en el Acuerdo de París. Este principio también debe verse en conjunto con el principio de progresividad, lo que significa que el nivel de ambición de las NDC presentadas por los Estados

²¹⁹ Voytko, Lisette: Greta Thunberg and 15 Young People Target These 5 Countries To Fight Climate Change (23 de septiembre de 2019), Forbes Magazine. Disponible en: «<https://www.forbes.com/sites/lisettevoytko/2019/09/23/greta-thunberg-15-young-people-file-legal-complaint-to-fight-climate-change/>».

parte tiene que ser más alto cada cinco años. En este contexto, se destaca que los abogados y jueces, en particular, tienen un papel importante —incluso diría que es un papel clave— que desempeñar en la transformación global necesaria para cumplir con los objetivos de cambio climático establecidos en el Acuerdo de París. Lograr estos objetivos es más que necesario dada la crisis climática y ecológica que enfrenta el mundo de hoy.

5.4 El Acuerdo de París y el litigio climático global después de la retirada de Estados Unidos

David Hunter, Wenhui Ji y Jenna Ruddock²²⁰

Introducción

La reversión (ojalá temporal) de Estados Unidos respecto a sus compromisos del Acuerdo de París para enfrentar el cambio climático fue un recordatorio de que la respuesta mundial al cambio climático no debería ser rehén de los caprichos de los poderes políticos del Estado. Los entes regulatorios gubernamentales, que operan con un horizonte temporal relativamente corto y son con frecuencia capturados por la comunidad regulada, necesitan ser monitoreados y a veces impulsados por un poder judicial comprometido. El surgimiento de litigios relacionados con el cambio climático en Estados Unidos y en el extranjero es previo a la retirada por la Administración Trump del Acuerdo de París, pero esa reversión subrayó la necesidad de un compromiso judicial. Los litigios relacionados con el cambio climático ahora incluyen muchos enfoques diferentes

²²⁰ Publicado y traducido con autorización de los autores. Extracto del artículo original publicado en *Maryland Journal of International Law*, vol. 34:7, por el Prof. David Hunter, en colaboración con Wenhui Ji y Jenna Ruddock.

y teorías legales.²²¹ Algunos casos tienen por objeto hacer que las empresas de combustibles fósiles sean responsables de los daños causados por lesiones atribuibles al cambio climático.²²² Otros casos tienen por objeto garantizar que el cambio climático se tenga en cuenta en las decisiones de planificación o en las divulgaciones financieras.²²³ Más comúnmente, las reclamaciones tienen por objeto fortalecer el enfoque de un gobierno para mitigar el cambio climático en general o con respecto a un proyecto específico. Particularmente en estos últimos casos, el Acuerdo de París está desempeñando un papel determinante y algo sorprendente, dado que por sus términos no crea ninguna obligación de mitigación internacionalmente vinculante.²²⁴

Este artículo explora las formas en que los litigantes y las cortes de todo el mundo están invocando el Acuerdo de París para impulsar una respuesta más fuerte al cambio climático. Los compromisos de mitigación del Acuerdo de París no necesariamente se están aplicando de forma directa, pero el marco de mitigación del Acuerdo, incluidas en particular las contribuciones determinadas en el ámbito nacional (NDC, por sus siglas en inglés), los objetivos a mediano y largo plazo y los objetivos de temperatura, proporcionan una directriz política y un punto de referencia fáctico con respecto al cual las cortes están evaluando las acciones gubernamentales o del sector privado. La utilidad del Acuerdo de París en litigios se extiende entonces más allá de la naturaleza jurídica de sus

²²¹ Un reporte de las Naciones Unidas de 2017 identificó 654 casos relacionados con el clima en los Estados Unidos y 230 en otros 24 países en el mundo. *U. N. Env't Programme the Status of Climate Change Litigation: a Global Review*, pp. 10-11 (2017) [UNEP Climate Litigation Report]; véase también Jeffrey Williamson, *As Climate Lawsuits Grow Worldwide, Legal Strategies Evolve Too*, *Climate Liability News* (26 de diciembre de 2018), disponible en: «<https://www.climate-liabilitynews.org/2018/12/26/legal-strategy-climate-lawsuits/>».

²²² Véase Dana Drugmand, *Courts Will Play Key Role in Addressing Climate Crisis, Experts Say*, *Climate Liability News* (27 de septiembre de 2018), disponible en: «<https://www.climate-liabilitynews.org/2018/09/27/climate-crisis-litigation-columbia/>» (resume los litigios basados en agravios para recuperar los costos de abordar el cambio climático).

²²³ Véase UNEP Climate Litigation Report, *supra* notas 1-14; Ganguly Geetanjali, *et al.*, "If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change", *Oxford J. of Legal Stud.*, 2018, pp. 841-860.

²²⁴ Véase el Acuerdo de París de 2015, artículo 4 (19).

compromisos de mitigación. Como resultado, aunque existen otros obstáculos a los litigios climáticos en los Estados Unidos, la retirada anunciada podría no disminuir significativamente el valor del Acuerdo de París para la revisión judicial incluso en los Estados Unidos.²²⁵ Este artículo examina el uso del Acuerdo en casos de evaluación del enfoque gubernamental en la mitigación del cambio climático en virtud de la legislación nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.²²⁶ La conclusión considera brevemente el impacto potencial de la retirada de Trump del Acuerdo de París en el litigio.²²⁷

Implementando y haciendo cumplir las NDC

Aunque el trato no vinculante del Acuerdo de París a las NDC evita claramente la observancia o vigilancia de su cumplimiento de Estado a Estado bajo el derecho internacional, como se demuestra en esta sección, la NDC de un país puede, no obstante, ser exigible como cuestión de derecho nacional. Los tribunales nacionales pueden ser llamados a revisar si las NDC son adecuadas, los progresos en su implementación, o la coherencia de las actividades propuestas con éstas.

En Nueva Zelanda, por ejemplo, Susan Thomson, una estudiante de derecho, solicitó una revisión judicial de la sobre si la NDC de Nueva Zelanda es adecuada, basada principalmente en requisitos de derecho administrativo.²²⁸ La Corte Suprema de Nueva Zelanda rechazó los argumentos del gobierno en contra del control judicial, encontrando que la urgencia del cambio climático requería un escrutinio judicial sobre lo

²²⁵ Véase *infra* notas de acompañamiento de texto, pp. 9-21.

²²⁶ Véase *infra* notas de acompañamiento de texto, pp. 22-64.

²²⁷ Véase *infra* notas de acompañamiento de texto, pp. 65-68.

²²⁸ Rebecca Macfie, *New Zealand's first climate change lawsuit rejected by High Court*, (17 de noviembre de 2019), disponible en: «<https://www.noted.co.nz/planet/new-zealand-s-first-climate-change-law-suit-rejected-by-high-court/>».

que de otro modo podría considerarse un tema político.²²⁹ La Corte sostuvo que el gobierno actuó ilegalmente cuando no revisó su objetivo de mitigación hasta 2050 para reflejar los avances en la ciencia climática.²³⁰ Como cuestión de derecho nacional, la Corte requirió al gobierno que revisara su objetivo a largo plazo cada vez que el Grupo Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) emitiera un nuevo informe.²³¹ Finalmente, la Corte Superior aplazó su examen de la NDC, en parte porque un gobierno entrante había anunciado que la revisaría en el plazo de un año.²³²

En Irlanda, la organización "Amigos del Medio Ambiente Irlandés" (*Friends of the Irish Environment*) anunció una demanda contra el gobierno alegando que el Plan Nacional de Mitigación del 2017 del país es inadecuado, ya que resultaría en que Irlanda superase su participación equitativa en la cuota mundial de carbono implícita en el Acuerdo de París.²³³ La demanda también alegó violaciones de la Ley del Clima, la Constitución irlandesa y las obligaciones de derechos humanos.²³⁴ El caso no se había decidido en marzo de 2019.²³⁵

El Acuerdo de París también se ha invocado contra proyectos específicos que puede argumentarse son incompatibles con las NDC o que no se han evaluado adecuadamente a la luz de su NDC. En 2017, por ejemplo,

²²⁹ La Corte rechazó en primer lugar el argumento del gobierno de que la adecuación de sus objetivos climáticos implicaba el equilibrio de muchos factores socioeconómicos y, por lo tanto, eran "políticos". La Corte también rechazó la alegación del gobierno de que, debido a que las NDC se formularon en virtud de un acuerdo internacional, los tribunales no deben intervenir en el ejercicio por el Poder Ejecutivo de su autoridad de relaciones exteriores. *Thomson vs. Ministro de Asuntos del Cambio Climático* [2017] NZHC 733 [n.o 133–134] por Mallon J (N.Z.) [en adelante *Thomson c. Nueva Zelanda*].

²³⁰ *Idem*.

²³¹ *Ibidem*, pp. 93-98.

²³² *Idem*.

²³³ A enero de 2019, los escritos procesales en el asunto no se habían hecho públicos, pero el recurso se describe en el sitio web de Friends of the Irish Environment. Véase *Climate Case Ireland*. Disponible en: «<https://www.climatecaseireland.ie/climate-case/>». [Consultado el 14 de marzo de 2019].

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

la Corte Superior de Sudáfrica para el norte de Gauteng invalidó la aprobación de una planta de energía de carbón propuesta porque la evaluación ambiental no había incluido una evaluación de los impactos del cambio climático.²³⁶

La Corte notó que la NDC de Sudáfrica, bajo el Acuerdo de París, contemplaba el crecimiento de las emisiones de carbono de las centrales eléctricas alimentadas con carbón, pero encontró que los impactos del cambio climático debían, no obstante, tenerse en cuenta al permitir la instalación de nuevas plantas:

90. Los declarantes adujeron además que el proyecto de la central eléctrica es compatible con el NDC de Sudáfrica en virtud del Acuerdo de París, en el cual se prevé que las emisiones de Sudáfrica alcanzarán su máximo pico entre 2020 y 2025. Concordamos con el argumento de Earthlife (la demandante) en que en esta declaración pierde el punto. El argumento no es si se permiten nuevas centrales eléctricas de carbón en virtud del Acuerdo de París y la NDC. La pregunta es si se requiere una evaluación del impacto del cambio climático antes de autorizar nuevas centrales eléctricas de carbón. Una evaluación del impacto del cambio climático es necesaria y pertinente para garantizar que la central eléctrica de carbón propuesta se ajuste a la trayectoria máxima, de meseta (estabilidad) y de declive de Sudáfrica, tal como se describe en la NDC y su compromiso de construir centrales más limpias y eficientes que las existentes.²³⁷

La decisión sudafricana se refirió a la NDC como el marco dentro del cual deben evaluarse las decisiones relacionadas con el clima, a pesar de

²³⁶ *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Env'tl. Affairs* 2017 (2) All SA 519 (High Ct. of S. Afr., Gauteng Division, Pretoria) [en adelante, *EarthLife v. South Africa*]; véase también Leonie Joubert, *Court Stalls New Coal Plan in South Africa*, Energy Transition: The Global Energiewende (10 de octubre de 2017). Disponible en: «<https://energytransition.org/2017/10/court-stalls-new-sa-coal-mega-station/>».

²³⁷ *EarthLife vs. South Africa*, *op. cit.*, pp. 16-90.

que Sudáfrica aún no había promulgado el Acuerdo de París en su derecho interno.²³⁸

En otro ejemplo, una corte australiana citó recientemente la incompatibilidad ente el compromiso nacional con los objetivos del Acuerdo de París como uno de los argumentos para denegar un permiso para una nueva mina de carbón.²³⁹ La Corte sostuvo que:

697. El Proyecto será una fuente material de emisiones de Gases Efecto Invernadero (GEI) y contribuirá al cambio climático. La aprobación del proyecto no ayudará a lograr las reducciones rápidas y profundas de las emisiones de GEI que se necesitan ahora para equilibrar las emisiones por fuentes con la eliminación por sumideros de GEI en la segunda mitad de este siglo y lograr el objetivo generalmente acordado de limitar el aumento de la temperatura media mundial a muy por debajo de 2°C por encima de los niveles preindustriales.***

699. En resumen, una mina de carbón a cielo abierto en esta parte del valle de Gloucester estaría en el lugar equivocado en el momento equivocado. Lugar equivocado porque una mina de carbón de cielo abierto en este paisaje escénico y cultural, cerca de las casas y granjas de muchas personas, causará impactos significativos en la planificación, en los servicios, las amenidades, visuales y sociales. El momento equivocado porque las emisiones de GEI de la mina de carbón y su producto de carbón aumentarán las concentraciones totales mundiales de GEI en un momento en que lo que ahora se necesita con urgencia, para cumplir los objetivos climáticos generalmente acordados, es una disminución rápida y profunda de las emisiones de GEI. Estas nefastas consecuencias deben evitarse. El Proyecto debe ser rechazado.²⁴⁰

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ Gloucester Resources Ltd. v. Minister for Planning [2019] NSWLEC 7 (febrero 8 de 2019).

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 697-699 (énfasis añadido).

Así pues, la Corte australiana utilizó los objetivos de temperatura y de largo plazo del Acuerdo de París como punto de referencia para evaluar las acciones del gobierno en la denegación del permiso de la mina de carbón.

La revisión judicial de las NDC por los tribunales nacionales como en el caso de Nueva Zelanda puede no ser tan sorprendente en la medida en que las NDC se promulgan como parte del marco legal nacional. Tal vez resulta más sorprendente la utilización por parte de la Corte sudafricana y del marco general de mitigación establecido en el Acuerdo de París, incluidos los objetivos de temperatura y los de mitigación a mediano y largo plazo. Estas cortes no se basan en el Acuerdo de París como un estándar jurídico vinculante, sino más bien como un punto de referencia "generalmente acordado" para evaluar las decisiones gubernamentales relativas al cambio climático. Éste es el mismo enfoque que se está adoptando en los casos de cambio climático que se basan en el derecho internacional de los derechos humanos, como se explica a continuación.

Definición del Acuerdo de París de las obligaciones de derechos humanos de los Estados

Desde hace muchos años, los defensores de los derechos humanos han advertido que si no se controla, el cambio climático conduciría a violaciones significativas de los derechos humanos.²⁴¹ Un sistema climático

²⁴¹ Véanse, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos, Derechos Humanos y Cambio Climático No. 1; el Documento de las Naciones Unidas A/HRC/35/L.32 (19 de junio de 2017); el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relativas al disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible (Documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/52 del 1 de febrero de 2016), pp. 23-39, 65 y 68, observando que, "[...] mayor el aumento de la temperatura media, mayores serán los efectos sobre el derecho a la vida y la salud [...]"; [en adelante "Informe sobre la cuestión de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente"]; véase también la declaración conjunta de los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas con motivo del Día Mundial del Medio Ambiente, de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos (5 de junio de 2015), disponible en: «<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16049&LangID>», (este archivo reitera que "un aumento medio

estable, e implícitamente, la destrucción de un sistema climático estable, se han vinculado no sólo al derecho a un medio ambiente sano, sino también a los derechos a la vida, la familia, el agua, la vivienda y los alimentos, entre otros.²⁴² El objetivo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de las interferencias antropogénicas peligrosas hace referencia explícitamente a la necesidad de evitar los impactos socioeconómicos en la seguridad alimentaria y el desarrollo económico.²⁴³ En consecuencia, si un país no cumple el objetivo de la CMNUCC, también está fracasando en la prevención de las violaciones de los derechos humanos conexos. Dicho de otro modo, las determinaciones de lo que colectivamente deben hacer los países para cumplir con la obligación de la CMNUCC también reflejan lo que los países deben hacer en conjunto, como mínimo para alcanzar un nivel seguro de emisiones y proteger los derechos humanos.

Como se ha señalado anteriormente, las NDC, en el marco del Acuerdo de París, nos dejan una limitación acumulativa de alcanzar la meta global de temperatura de los 2 °C, y mucho menos del objetivo más ambicioso de los 1.5 °C.²⁴⁴ El objetivo de temperatura del Acuerdo de París refleja la determinación de que para mantener temperaturas "muy por debajo de los 2 °C" es necesario para evitar impactos más allá de las interferencias antropogénicas peligrosas bajo el régimen climático.²⁴⁵ Las

de la temperatura mundial de incluso 2,0 °C afectará negativamente a una amplia gama de derechos humanos, incluidos los derechos a la vida [...]" y el informe del Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Relación entre el Cambio Climático y los Derechos Humanos, Documento de las Naciones Unidas (A/HRC/10/61, del 15 de enero de 2009), disponible en: «<https://undocs.org/A/HRC/10/61>» [en adelante, ACNUDH]

²⁴² Véase el ACNUDH, *supra*, No. 20-41; ver también Hunter, David, "Human Rights Implications for Climate Change Negotiations", *OR. Int'L*, 11, 2009, pp. 331.

²⁴³ United Nations Framework Convention on Climate Change, del 9 de mayo de 1992, artículo 2 (en vigor desde el 21 de marzo de 1994).

²⁴⁴ NDC Partnership, *Facilitating Global Transition: The Role of National Determined Contributions in Meeting the Long-term Temperature Goal of the Paris Agreement*, disponible en: «<http://ndcpartnership.org/facilitating-global-transition-role-nationally-determined-contributions-meeting-long-term>», (consultado el 30 de marzo de 2019).

²⁴⁵ Véase Acuerdo de París, *op. cit.*, 1, pmb. ("En apoyo del objetivo de la Convención"), artículo 2.1 ("para mejorar la aplicación del Convenio, incluido su objetivo").

estimaciones sugieren que si se cumplen las actuales NDC habría un aumento estimado de las temperaturas medias globales de 3.3 °C.²⁴⁶ Tal aumento de la temperatura, entre otras cosas, amenazaría la seguridad alimentaria, crearía una grave escasez de agua, causaría víctimas mortales por calor extremo y dejaría a millones de personas desplazadas por el aumento del nivel del mar y la frecuencia de los fenómenos meteorológicos extremos.²⁴⁷

Visto desde esta perspectiva, el Acuerdo de París ayuda a definir cuál es la meta de temperatura y por lo tanto los esfuerzos de mitigación que deben realizarse como mínimo para proteger el "derecho a la vida" o el derecho a un "medio ambiente saludable". En años más recientes los defensores de derechos humanos han incorporado cada vez más el consenso político basado en la ciencia del Acuerdo de París, en particular, sus objetivos de temperatura, para solicitar a los tribunales que revisen los esfuerzos de sus respectivos países para proteger los derechos individuales reconocidos internacional o nacionalmente contra las amenazas del cambio climático. El caso principal que ha adoptado este enfoque es *Urgenda vs. Países Bajos*, en el cual un tribunal de apelación ha confirmado una impugnación basada en un enfoque de derechos bajo el cual se argumentó que los compromisos de los Países Bajos para mitigar el cambio climático son insuficientes.²⁴⁸

A. *Urgenda vs. Países Bajos*

En *Urgenda*, un grupo ecologista de los Países Bajos demandó al gobierno por su inadecuada acción para prevenir graves riesgos ambientales y sanitarios derivados del cambio climático, que los demandantes alegaron

²⁴⁶ Véase el aumento de la temperatura global para 2100, Climate Interactive Scoreboard, disponible en: «<https://img.climateinteractive.org/wp-content/uploads/2017/04/Scoreboard-static-cleanApr5.png>». (consultado el 14 de marzo de 2019).

²⁴⁷ Véase, por ejemplo, Grupo del Banco Mundial, sin el calor: por qué debe evitarse un mundo de 4.0 °C, en xvi (2012).

²⁴⁸ 55. Hof Den Haag 9 Oktober 2018, AB 2018, 417 m.nt. Van G.A., Van der Veen en Ch.W. Backes (De Staat Der Nederlanden/Stichting Urgenda) (Neth.) [en adelante *Urgenda App. Dec.*].

violaba la obligación gubernamental de proteger los derechos de sus ciudadanos a la vida y a la vida familiar en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁴⁹ Los demandantes trataron de obligar al gobierno a imponer restricciones más estrictas a las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de lo que se aplica actualmente.²⁵⁰ Los demandantes citaron específicamente la decisión del gobierno de los Países Bajos de reducir de manera significativa la escala en su compromiso anterior para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero.²⁵¹ Hasta 2011, los Países Bajos habían promovido una mitigación de 30% (de sus emisiones) con respecto a los niveles de 1990 para 2020, pero cuando se presentó la demanda, las consideraciones políticas habían llevado al gobierno a reducir su compromiso a 17%.²⁵² Los demandantes impugnaron la falta de apoyo científico para reducir el compromiso holandés y argumentaron que el gobierno había incumplido su obligación hacia ellos.²⁵³ En 2015 el Tribunal de Distrito de La Haya les dio la razón a los demandantes: ordenó reducir las emisiones al menos 25% con respecto a los niveles de 1990, dejando al mismo tiempo la elección de métodos de reducción al gobierno.²⁵⁴

Al estimar el recurso de casación, la Corte de Apelaciones de La Haya se basó en parte en el Acuerdo de París (negociado después de que se emitió el dictamen del tribunal inferior) para definir el deber de cuidado de los Países Bajos.²⁵⁵ La Corte revisó por primera vez los posibles impactos del cambio climático, y se encontró que existe:

²⁴⁹ Véase *Rechtbank Den Haag*, 24 de junio de 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Stichting Urgenda/De Staat Der Nederlanden) (Neth.) [en adelante *Urgenda Lower Ct. Dec.*]; véanse también Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente, ETS No 005, Art. 2, 8 (1950) [en lo sucesivo, CEDH]; véase generalmente Stein, Eleanor y Castermans, Alex G., Comentario, "Urgenda v. El Estado de los Países Bajos: El "efecto reflejo" - Cambio climático, derechos humanos y las definiciones crecientes del deber de cuidado", *McGill J. Sustainable Dev. L.*, 13, 2017, pp. 303-305; Van Zeben, Josephine, "Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?", *Transnat'l Envtl. L.*, 4, 2015, pp. 339-341.

²⁵⁰ *Urgenda App. Dec.*, *supra*.

²⁵¹ Stein, Eleanor y Castermans, Alex G., *supra*; Van Zeben, Josephine, *supra*.

²⁵² *Urgenda Lower Ct. Dec.*, *supra*.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ *Urgenda App. Dec.*, *supra*.

una amenaza real de un cambio climático peligroso que resulta en el grave riesgo de que la generación actual de ciudadanos se enfrente a la pérdida de vidas y/o a una interrupción de la vida familiar... De los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) se desprende que el Estado tiene un deber de protección contra esta amenaza real.²⁵⁶

Una vez arraigada la obligación jurídica establecida en los derechos humanos a la vida (artículo 2) y a la vida familiar (artículo 8) en virtud del CEDH, la cuestión seguía siendo cuál es el nivel de cuidado a partir del cual el Estado cumpliría su obligación de proteger estos derechos. La Corte encontró la respuesta, al menos en parte, en el Acuerdo de París. La Corte notó que los Países Bajos se habían comprometido en el Acuerdo a mantener el aumento mundial de la temperatura "muy por debajo" del límite de los 2° y que un aumento de la temperatura "seguro" no debería superar los 1.5° C.²⁵⁷ Para alcanzar estos niveles, la Corte observó que la concentración atmosférica de gases de efecto invernadero no podía superar las 450 y 430 partes por millón (ppm), respectivamente.²⁵⁸ La Corte utilizó estas referencias para concluir que una reducción de carbono (CO₂) de al menos 25 a 40% no es un "punto de partida excesivamente pesimista para establecer el deber de cuidado del Estado".²⁵⁹

La Corte rastreó el largo proceso de negociación que condujo al Acuerdo de París y reflexionó sobre el enfoque de los Países Bajos a su meta de reducción a lo largo de los años. La Corte determinó que:

El Estado ha sabido del objetivo de reducción del 25 a 40 por ciento durante mucho tiempo. El informe del IPCC en el cual se afirma que esa reducción a finales del 2020 es necesaria para alcanzar el objetivo de 2°C (Informe AR4 del IPCC) se remonta a

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 44.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 50.

2007. Desde entonces, prácticamente todas las COP (en Bali, Cancún, Durban, Doha y Varsovia) se han referido a este estándar del 25 al 40 por ciento y se ha instado a los países del Anexo I a que alineen sus objetivos de reducción en coherencia con lo anterior. Esto puede no haber establecido un estándar jurídico con un efecto directo, pero la Corte cree que confirma el hecho de que se requiere al menos una reducción del 25 al 40 por ciento de las emisiones de CO₂ a partir de 2020 para prevenir un cambio climático peligroso.²⁶⁰

Basándose en este análisis, la Corte resolvió que el deber de cuidado del Estado para proteger los derechos de sus ciudadanos le exigía reducir sus emisiones en al menos 25% a partir de los niveles de 1990, para finales de 2020.²⁶¹ Curiosamente, el Estado no sostuvo que el Acuerdo de París creara una obligación jurídicamente vinculante. Más bien, los objetivos de temperatura del Acuerdo de París, así como la ciencia subyacente, se utilizaron como evidencia de un nivel mínimo de acción generalmente aceptado como necesario para cumplir una obligación legal arraigada en el CEDH.²⁶²

B. Otros casos basados en un enfoque de derechos

Urgenda ha inspirado a varios grupos de jóvenes a explorar desafíos similares sobre sus derechos en relación con las políticas climáticas en sus países. Por ejemplo, en Colombia 25 jóvenes demandantes alegaron que las tasas de deforestación violaban sus derechos humanos en virtud de la Constitución colombiana de 1991, incluyendo los derechos a un ambiente sano, a la vida, la alimentación y al agua.²⁶³ En abril de 2018 la

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 51

²⁶¹ *Ibidem*, p. 76.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] [Corte Suprema], Sala de Casación Civil abril 5, 2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, STC4360-2018, Radicación No. 11001-22-03-0000-2018-00319-01 (Colom.) [en adelante Barragán, C.S.J. Dec.]; véase también Ucilía Wang, Corte Colombiana Ordena al Gobierno detener la deforestación, proteger el clima, Las noticias de responsabilidad climática (5 de abril de 2018), disponible en: «<https://www.climateliabilitynews.org/2018/04/05/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia resolvió a favor de los demandantes que impugnaron el fracaso del gobierno para prevenir la aceleración de las tasas de deforestación en la cuenca amazónica.²⁶⁴ Al igual que en el resultado en el caso *Urgenda*, el Alto Tribunal colombiano ordenó que el gobierno tomara medidas en un futuro próximo, sin especificar exactamente cuáles serían suficientes.²⁶⁵ La Corte también declaró que la Amazonia es una "entidad sujeta a derechos",²⁶⁶ haciendo una referencia extensiva a la importancia de la cuenca amazónica para lograr los compromisos internacionales de Colombia en materia de cambio climático, incluidos los establecidos en el Acuerdo de París.

Inspiradas por *Urgenda* y otras demandas planteadas por jóvenes, un grupo de mujeres suizas de edad avanzada demandó a su gobierno argumentando que el país no estaba en una trayectoria de reducción de emisiones consistente con el objetivo de temperatura 2 °C del Acuerdo de París.²⁶⁷ Alegaron que este fracaso también era un incumplimiento de la obligación del Estado para impedir las violaciones de los artículos 10 (derecho a la vida), 73 (principio de sostenibilidad) y 74 (principio de precaución) de la Constitución Suiza y de los artículos 2 (derecho a la

colombiaamazon-climate-change-deforestation/». Del mismo modo, en *Leghari vs. Federación de Pakistán*, un agricultor demandó al gobierno nacional por no llevar a cabo la Política y Marco Nacional del Clima de 2012. *Leghari v. Federación del Pakistán*, W.P. No. 25501/2015 (Lahore High Ct.) (2015) (Pak.). El Tribunal Superior de Lahore dictaminó que "el cambio climático es un desafío definitorio de nuestro tiempo y ha llevado a alteraciones dramáticas en el sistema climático de nuestro planeta [...] En un plano jurídico y constitucional, se trata de un llamamiento claro para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de Pakistán." *Ibidem*, p. 6. El tribunal determinó que "el retraso y el letargo del Estado en la aplicación del Marco ofenden los derechos fundamentales de los ciudadanos". *Ibidem*, p. 8. En consecuencia, el tribunal creó una Comisión de Cambio Climático de veintiún miembros para ayudar a garantizar la aplicación de las leyes climáticas, *Ibidem*.

²⁶⁴ Anastasia Moloney, la Corte Principal de Colombia ordena al gobierno proteger la selva amazónica en icónico Caso, REUTERS (6 de abril de 2018), disponible en: «<https://www.reuters.com/article/uscolombia-deforestation-amazon/colombias-top-court-orders-government-to-protect-amazonforest-in-landmark-case-idUSKCN1HD21Y>».

²⁶⁵ *Idem*.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ Solicitud de detención de las emisiones en la protección del clima de conformidad con el art. 25 a) de la APA y los artículos 6, apartado 1, y 13 del CEDH, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Consejo Federal (25 de octubre de 2016), «https://klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2016/10/Gesuch-um-Erlass-Verfuegu ng_Sperrfrist.pdf» (Switz.).

vida) y 8 (derecho a la vida familiar) de la CEDH.²⁶⁸ Pidieron al gobierno que trabajara para lograr reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero de al menos 25% por debajo de los niveles de 1990 para 2020 y al menos 50% por debajo de los niveles de 1990 para 2050.²⁶⁹ En noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo Federal Suizo desestimó la acción al considerar que los demandantes de edad avanzada no eran particularmente vulnerables al cambio climático y, por tanto, no tenían un interés justiciable diferente al del público en general.²⁷⁰

C. El enfoque basado en los derechos en los Estados Unidos: Juliana vs. Estados Unidos

Para destacar los impactos del cambio climático sobre las generaciones futuras,²⁷¹ 21 niños y jóvenes presentaron una demanda contra el gobierno federal de los Estados Unidos, alegando que no ha promulgado políticas de cambio climático para proteger de modo adecuado sus derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad, así como los recursos de uso público.²⁷² Los demandantes señalaron que a pesar de saber "durante décadas" que las emisiones de GEI contribuyeron al cambio climático, el gobierno federal ha "seguido permitiendo, autorizando y subsidiando la extracción, el desarrollo, el consumo y la exportación de combustibles fósiles", incluso en tierras federales.²⁷³ En la demanda

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Bundesverwaltungsgericht [BVGE] [Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo] 27 de noviembre de 2018, A-2992/2017, disponible en: «https://klimaseniorinnen.ch/wp-content/uploads/2018/12/Scan_urteil-BvG_20_180512.pdf» (Switz.).

²⁷¹ Ver First Amended Complaint, *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224 (D. Or. Sept. 10, 2015) (No.: 6:15-cv-01517-TC) [en adelante, *Juliana Complaint*]. Para todas las presentaciones principales en el caso, consulte: Our Children's Trust. Disponible en: «<https://www.ourchildrenstrust.org/juliana-v-us>».

²⁷² *Juliana Complaint*, *supra*, pp. 277-309. Ver Steier, Gabriela, "No Ordinary Lawsuit: Juliana vs. United States is a Landmark Precedent for Climate Change Legislation", *Jurist*, enero de 2017. Disponible en: «<https://www.jurist.org/commentary/2017/01/gabriela-steier-juliana-v-united-states/>»; Reibstein, Rick, "Can Our Children Trust Us with Their Future? Juliana is a Reminder That the Government's Purpose is to be a Guardian for Future Generations", *A.B.A. Journal*, enero de 2018.

²⁷³ *Juliana Complaint*, *op. cit.*, pp. 5-7.

reclaman violaciones de varios principios constitucionales, incluida la cláusula del debido proceso y los principios de igualdad de protección de la Quinta Enmienda, así como ciertos derechos no enumerados en la Novena Enmienda y la violación de la doctrina de la confianza pública.²⁷⁴ Como reparación de estas violaciones se solicitó a los demandados que dejen de "permitir, autorizar y subsidiar" los combustibles fósiles y que desarrollen e implementen un "plan nacional", que incluya la limitación de la concentración atmosférica de dióxido de carbono a 350 partes por millón para el año 2100.²⁷⁵

En una notable decisión, la jueza Aiken del Tribunal de Distrito reconoció que "el derecho a un sistema climático capaz de sostener la vida humana es fundamental para una sociedad libre y ordenada".²⁷⁶ Como sostuvo el Tribunal en 2016 y reafirmó en 2018:

cuando una queja alega que la acción gubernamental está dañando afirmativa y sustancialmente el sistema climático de una manera que causará muertes humanas, acortará el periodo útil de vidas humanas, resultará en daños generalizados a la propiedad, amenazará las fuentes de alimentos humanos y alterará dramáticamente el ecosistema del planeta, ésta es una reclamación por una violación al debido proceso. Sostener lo contrario sería decir que la Constitución no ofrece protección contra la decisión consciente de un gobierno de envenenar el aire que respiran o el agua que beben sus ciudadanos.²⁷⁷

El Tribunal determinó que los demandantes deberían tener la oportunidad de desarrollar sus reclamaciones a través de la divulgación de evidencia (*discovery*).

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 277-309.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 310.

²⁷⁶ *Juliana vs. Estados Unidos*, 217 F. Supp. 3d 1224, 1250 (D. Or. 2016) [*Juliana*].

²⁷⁷ *Juliana vs. Estados Unidos*, 339 F. Supp. 3d 1062, 1098 (D. Or. 2018) [*Juliana II*]. En su decisión la Corte también rechazó los esfuerzos del gobierno para bloquear el caso por motivos de cuestión política y por legitimación procesal activa.

Los demandantes en *Juliana* optaron por no apoyarse en los objetivos de temperatura del Acuerdo de París para definir las medidas que solicitaron adoptar al gobierno, en parte porque consideran que el objetivo 2 °C es demasiado alto para garantizar un sistema climático estable.²⁷⁸ La estructura de sus argumentos es en gran medida la misma que en *Urgenda*, pero los demandantes en *Juliana* buscan estabilizar las concentraciones atmosféricas de GEI en 350 ppm para el 2100 (mucho más ambiciosas y científicamente defendibles que las 450 ppm asociados con el 2 °C del Acuerdo de París).²⁷⁹

A pesar de que el objetivo de 2 °C es suficiente, el razonamiento en *Urgenda* y casos similares aún podría ayudar a informar el análisis en *Juliana*. En cierta medida, el hecho de que el mundo, incluido los Estados Unidos, haya alcanzado un consenso político científicamente basado sobre el objetivo de temperatura de la mitigación del clima, libera al tribunal estadounidense de tener que llegar a su propia decisión sobre el nivel de mitigación que es suficiente. Al igual que las cortes en Sudáfrica y Australia,²⁸⁰ el Tribunal bien puede aceptar ese consenso como un punto de referencia mínimo para medir las acciones estadounidenses, reduciendo así la naturaleza política de las decisiones que enfrenta. Más aún, la retirada de la Administración Trump del Acuerdo de París no cambia el hecho del consenso político respaldado científicamente que ha sido "generalmente acordado" con la meta de evitar interferencias antropogénicas peligrosas (y consecuentemente la disrupción de derechos básicos) y que requiere limitar el aumento de la temperatura a "muy por debajo" de los 2 °C.

La Administración Trump se opuso firmemente a la decisión del Tribunal de Distrito y tomó medidas sin precedentes para evitar el juicio. Después de no haber certificado inicialmente el caso para una apelación interlo-

²⁷⁸ *Juliana Complaint*, op. cit., p. 4.

²⁷⁹ *Idem*.

²⁸⁰ Véase *supra* notas de acompañamiento de texto, pp. 16-20.

cutoria, la Administración presentó un número sin precedentes de peticiones judiciales, incluyendo a la Corte Suprema de los Estados Unidos.²⁸¹ Debido a que estos esfuerzos continuaron retrasando el juicio, el Tribunal de Distrito certificó el caso para una apelación interlocutoria,²⁸² y el Noveno Circuito acordó escuchar la apelación el 26 de diciembre de 2018.²⁸³

Conclusión

En los más de tres años transcurridos desde su adopción, el Acuerdo de París ha comenzado a influir en los litigios climáticos de maneras que probablemente no hayan sido plenamente contempladas por sus negociadores. El compromiso altamente examinado sobre la situación jurídica de las NDC dio lugar a un acuerdo formalmente vinculante, pero con un lenguaje específicamente diseñado para garantizar que los compromisos de mitigación no fueran vinculantes. No obstante, muchas NDC pueden ser vinculantes en virtud de la legislación nacional y su idoneidad puede estar sujeta a revisión judicial. Además, el Acuerdo de París proporciona un marco mundial basado en la ciencia y generalmente aceptado bajo el cual los tribunales nacionales pueden evaluar los esfuerzos de mitigación climática, la divulgación financiera sobre el riesgo climático y las expectativas de futuras reglamentaciones.

Los objetivos de temperatura en el Acuerdo de París y sus objetivos de mitigación a mediano y largo plazo, junto con los principios y procedimientos para el desarrollo de futuras NDC, están proporcionando un presupuesto de carbono implícito y un marco para informar las deliberaciones de los tribunales extranjeros sobre los casos relacionados con

²⁸¹ Véase Adam Liptak, *Supreme Court Lets Youth's Case Demanding Climate Action Proceed*, *N. Y. Times* (Nov. 2, 2018); Karen Savage, *Ninth Circuit Pauses Kids Climate Suit to Hear Latest Government Appeal*, *Climate Liability News* (Nov. 8, 2018).

²⁸² Order, *Juliana vs. United States*, Case No.: 6:15-cv-01517-AA (D. Or., Nov. 21, 2018) (certificando la apelación interlocutoria).

²⁸³ Order, *Juliana vs. United States*, Case No.: 18-80176 (9th Cir., Dec. 26, 2018) (otorgando la apelación interlocutoria).

cuestiones climáticas. El marco no está proporcionando un requisito legal, pero sí los antecedentes fácticos a partir de los cuales los tribunales calculan, por ejemplo, la participación equitativa de un país en los esfuerzos de mitigación necesarios para evitar impactos catastróficos del cambio climático.

El papel del Acuerdo de París en la conformación de futuros litigios no se verá significativamente limitado por la decisión de la Administración Trump de retirarse, particularmente porque su iniciativa no está siendo seguida por otros países. Evidentemente, otras jurisdicciones no estimarán que una reversión políticamente motivada del acuerdo por parte de un país menoscaba el consenso general que apoya el enfoque de mitigación adoptado en París. Incluso en los Estados Unidos, la retirada no pone fin a la utilidad que tiene el acuerdo para los litigantes. Al igual que en otras jurisdicciones la confianza en el acuerdo puede basarse en su afirmación general de un conjunto de objetivos de mitigación científicamente fundamentados. La base jurídica de una reclamación en los Estados Unidos probablemente deba provenir de alguna otra doctrina jurídica (como ha ocurrido en jurisdicciones extranjeras), pero el hecho de que exista un consenso general que afirme los objetivos de temperatura y mitigación no depende de que dicho país mantenga o no su participación en el acuerdo. Estos aspectos del acuerdo seguirán proporcionando un marco válido dentro del cual un tribunal puede evaluar los esfuerzos de mitigación climática, las divulgaciones financieras y las expectativas de los inversores, entre otros desafíos relacionados con el cambio climático.

5.5 Los jueces y el cambio climático

Luis Armando Tolosa Villabona²⁸⁴

Son crecientes, gravísimos, ensombrecedores y nefastos los problemas ambientales actuales. El calentamiento global es un problema real y que atañe a todas las personas, a todas las comunidades, regiones, Estados y continentes, en general, y a toda la sociedad organizadas sin distingos. Si en las fases pretéritas fueron graves, hoy carecemos de palabras para describir el presente y el futuro. Los mal llamados desastres de la naturaleza, en realidad "desastres humanos de nuestra civilización", superan los análisis científicos y constituyen una amenaza para todas las personas, para todos los seres, para los sujetos de derecho sintientes y, en general, para toda la naturaleza, para nuestro planeta, para la madre Tierra. Peligra no sólo nuestra propia existencia, sino la de todos los pueblos de la Tierra y la de las generaciones futuras.

Los foros internacionales, las conferencias intergubernamentales, los tratados, los acuerdos y las convenciones y en general el grueso de los

²⁸⁴ Reproducido con autorización del autor; basado en sus palabras con motivo del Segundo Simposio Mundial "Poderes Judiciales y el Medio Ambiente: Adjudicando Nuestro Futuro", Corte Suprema de Justicia del Estado de Hawaii, enero de 2020.

instrumentos alusivos a la cuestión han tenido pocos o nulos resultados, sus efectos han sido magros. Mientras tanto, la Tierra se destruye. Por ejemplo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, y que entró en vigor el 21 de marzo de 1994, procurando reforzar la conciencia pública, a escala mundial, de los problemas relacionados con el cambio climático, a pesar de sus altos propósitos y de sus sucesivas conferencias de las partes (COP), como órganos supremos de la Convención, no ha podido materializar los objetivos.

La Conferencia de París sobre el clima (COP21), celebrada en diciembre de 2015, a pesar de que 195 países firmaron el primer acuerdo vinculante mundial para luchar contra el cambio climático y, no obstante, haber entrado en vigor el 4 de noviembre de 2016, aunada a las buenas intenciones para adelantar planes de acción para poner freno al calentamiento global por debajo de los 2 °C, nada ha obtenido; la depredación avanza sin control. La COP 25 celebrada en Madrid en 2019 concluyó sin resultados ni entendimiento para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a cero para 2050. Ojalá Bonn, y la COP26 que estuvo prevista para noviembre de 2020, en Glasgow, debió ser la oportunidad para decidir real y conscientemente, sin mentiras ni indecisiones. ¿Vamos a destruir a la madre Tierra, al ecosistema y la casa común de nosotros y de las generaciones futuras?

No se intensifican esfuerzos ni medidas concretas de apoyo para reducir las emisiones, no se reduce la vulnerabilidad de los efectos adversos del cambio climático, no se impulsa en forma decidida la cooperación regional y mundial para luchar eficazmente contra el creciente deterioro del medio ambiente.

Para la judicatura mundial, es urgente actuar por el cambio del modelo de desarrollo que reduzca los gases de efecto invernadero y trabajar por la justicia climática y por un Estado de derecho ambiental. Mediante el respeto a las leyes y nuestra labor de control de la constitucionalidad,

el mensaje de los jueces a todos los gobiernos del mundo, a sus diplomáticos, a todas las autoridades en general y dignatarios, a todas las iglesias, a los creyentes, a los ateos, a todas las nacionalidades y pueblos, a las autoridades financieras y empresariales, es de apoyar efectivamente con políticas y recursos, con acciones concretas, la consecución de una justicia climática para las actuales y futuras generaciones, reduciendo las emisiones contaminantes y aumentando la resistencia a las consecuencias del cambio climático, porque el calentamiento global avanza sin control. No podemos ser hipócritas insensibles con la destrucción imparable del ecosistema. Los jueces tenemos el deber de hacer respetar nuestras cartas magnas.

A los gobiernos y al empresariado mundial, a todas las personas, las leyes les piden no tomar decisiones sin consideraciones ambientales y, por el contrario, movilizar masivamente recursos económicos, investigativos y tecnológicos a fin de ejecutar medidas en todo el planeta tendientes a proteger los sumideros de contaminantes, a luchar contra el calentamiento global, a educar en todos los niveles e impulsar en todos los países conductas eficaces y a aumentar el grado de conciencia en todas las personas sobre la grave coyuntura. También, con vehemencia, los poderes judiciales debemos auxiliarnos de resoluciones, actos o normas eficaces, el aumento de la infraestructura investigativa y juzgadora que permitan enjuiciar a todos los promotores de contaminación, depredadores de bosques, océanos, ríos, páramos, cuencas hidrográficas y atmósfera. De nuestro esfuerzo, de fiscales y jueces, defensores y líderes ambientales, depende un verdadero sistema de justicia ambiental.

VI. Conclusiones

Como se expone a lo largo de esta publicación, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva son condiciones indispensables para hacer frente a la actual crisis ambiental y climática global, que amenaza la permanencia de los ecosistemas y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano en todos los lugares del planeta. En la carta de creación del Instituto Judicial Mundial del Ambiente se ha afirmado el papel crucial de los jueces en la realización del Estado de Derecho en materia ambiental, la tutela de los derechos humanos y la justicia climática.

Las sentencias emblemáticas que se presentan en la *Antología judicial ambiental 2017-2020* dan cuenta puntual de la contribución que los poderes judiciales están llevando a cabo para el desarrollo de una jurisprudencia ambiental progresista en el derecho internacional y comparado, que pone en el centro de la tutela judicial los derechos fundamentales de las personas que dependen de la calidad del medio ambiente y la permanencia de los sistemas de soporte de la Tierra, así como la conservación misma de la naturaleza, por su valor intrínseco.

Los tribunales en el mundo conocen cada vez con mayor frecuencia conflictos relacionados con el uso de los recursos naturales, así como la generación de externalidades negativas con altos costos sociales difusos, como ocurre con la contaminación del aire, el suelo y el agua, derivada de actividades relacionadas con el desarrollo económico. En estos casos hay con frecuencia un componente marcado de asimetrías de poder, económico, cultural y social, que aunado a la complejidad técnica y científica implícita en el conocimiento de cuestiones ambientales como la incertidumbre del riesgo de extinción de una especie; la magnitud o persistencia de los impactos que causará el cambio climático en un sitio determinado y cuándo; la expansión territorial de un evento de contaminación y sus consecuencias sobre la salud de las personas y los ecosistemas, entre muchísimos otros ejemplos, enfrentan a los jueces a procesos de toma de decisiones complejos, en los cuales la acción oportuna a través de medidas cautelares o adecuadas para la reparación de los daños ambientales, es crucial para determinar la calidad de vida de las personas que existen en el presente, así como de las generaciones futuras.

En este escenario, el desarrollo en el sistema jurídico internacional y en el derecho interno de los principios rectores del derecho ambiental, como los de prevención y precaución, la evaluación de impacto ambiental o la responsabilidad por daños al ambiente, se vuelven herramientas indispensables a la adjudicación ambiental. Como se aborda extensivamente en esta publicación, los jueces alrededor del mundo están actualmente reinterpretando estos principios clásicos a la luz de otros preceptos como los deberes de cuidado y cautela de los Estados, la función de los derechos de propiedad para incluir su vertiente ecológica, o el alcance de las obligaciones para tutelar derechos fundamentales como el de una vida adecuada, un medio ambiente sano, los más altos niveles posibles de salud, la alimentación o el agua segura y suficiente.

Adicionalmente, a un paso más veloz en muchos casos que el desarrollo legislativo, la jurisprudencia ambiental comparada ha dado lugar a nuevos principios rectores de interpretación como los de no regresión, *in dubio*

pro natura o in dubio pro aqua. Iniciativas desarrolladas por jueces, para jueces, han dado lugar a importantes guías para la adjudicación y la tutela judicial efectiva, como los "Principios jurídicos medioambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable", aprobados en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana o la Declaración de Brasilia sobre justicia hídrica, auspiciada por el GJIE.

Los estudios de caso, las sentencias, los artículos de opinión elaborados por jueces relatores e integrantes de la directiva del GJIE, así como expertos de reconocido prestigio internacional en el campo de la justicia ambiental, dan cuenta de las tendencias de interpretación jurídica y judicial para abordar los temas emergentes en la solución de conflictos que requieren una cuidadosa ponderación sobre las implicaciones de acciones relacionadas con el desarrollo económico, como las industrias mineras, del petróleo o la utilización de agroquímicos en la agricultura, e incluso para el cumplimiento progresivo de derechos fundamentales como la vivienda digna, con la protección del medio ambiente y la conservación de la diversidad biológica.

Como se ilustra en la sección dedicada a los avances en la jurisprudencia ambiental brasileña, los derechos de propiedad están siendo interpretados cada vez de forma más consistente con el principio de la función ecológica que los usos del suelo deben respetar para proteger los servicios ambientales de los ecosistemas como una cuestión de interés público colectivo, de incidencia intergeneracional.

Los tribunales de varios países se han pronunciado también claramente en relación con la ponderación que debe necesariamente llevarse a cabo entre los costos ambientales y los beneficios económicos del desarrollo. La Corte Suprema en Chile ha establecido, por ejemplo, aunque se reconoce que impulsar el desarrollo económico es una pretensión legítima del Estado para mejorar la calidad de vida de las personas, que los procesos de desarrollo deben contemplar e integrar la protección del medio ambiente y conservación de la diversidad biológica, y además

deben responder equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras, para alcanzar el desarrollo sostenible. En el mismo sentido, el Tribunal General de la Unión Europea ha establecido el deber de dar una importancia preponderante a las preocupaciones ambientales frente a las consideraciones económicas. La Suprema Corte de Justicia en México ha caminado en la misma dirección y ha establecido que el principio del desarrollo sustentable requiere un equilibrio adecuado entre el crecimiento económico y la protección del medio ambiente, lo cual es además un requisito indispensable para la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano.

Varias sentencias de la antología, como los casos relatados en Brasil y Australia abordan también la obligación de tener en cuenta los efectos de cualquier proyecto económico o de desarrollo sobre la integridad del sistema climático. En este tema, las contribuciones formuladas a esta obra por David Hunter y Cristina Voigt proporcionan también una muy ilustrativa visión de conjunto sobre la incidencia del litigio sobre cambio climático en la formulación de políticas públicas y acciones para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, haciendo efectivos los instrumentos internacionales rectores de estos esfuerzos globales como el Acuerdo de París.

Los casos de Majul y Champion, desarrollados respectivamente en Argentina y el Reino Unido son un claro ejemplo de la intervención de la judicatura en los procesos de revisión de la aplicación de instrumentos clave en los sistemas jurídicos para la conservación de la diversidad biológica, como la evaluación de impacto ambiental. El estándar de revisión judicial implementado en ambos casos es un reflejo claro de las tendencias emergentes en esta materia, que requieren un amplio deber de cautela, la aplicación irrestricta de los principios de prevención y precaución, la participación informada del público y la recomposición de los daños ambientales, especialmente cuando se trate de ecosistemas hídricos y protegidos como las áreas de conservación ecológica o los humedales.

Notablemente, la sentencia argentina en el caso Majul proporciona una clara directriz a los jueces encargados de interpretar el alcance de la legislación ambiental y revisar sus actos de aplicación, promoviendo la adopción de un enfoque integrado que considere a las cuencas hídricas como la unidad en la cual se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y un ambiente en particular. La sentencia del caso Majul establece que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta sólo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema ecológico.

En cuanto a las tendencias emergentes en la adjudicación ambiental en el derecho comparado, los casos Quintero Puchuncaví en Chile y en Australia, permiten comprender de manera clara cómo deben evaluarse las cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente en los procesos de decisión sobre el desarrollo sustentable, particularmente, valorando los costos y beneficios económicos y sociales a la luz de los deberes de protección de los derechos fundamentales asociados al medio ambiente.

En el caso chileno, la Corte Suprema se pronunció sobre las omisiones que durante varios años llevaron a una crisis ambiental y de salud causada por la actividad no monitoreada y desregulada en un complejo industrial en el cual se generaron varias alertas de contaminación por la generación de gases y compuestos químicos. La sentencia aborda el tema de la causalidad en el daño ambiental, tomando una decisión integral que obliga por igual a todas las autoridades competentes del Estado a tomar medidas eficaces para generar información adecuada para la toma de decisiones y a instrumentar programas y estrategias que logren revertir los daños causados por la contaminación industrial no controlada por décadas, teniendo en cuenta el principio de precaución y los tratados internacionales correspondientes.

La sentencia emitida por la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur en el conflicto derivado de la solicitud de autorización

para un proyecto minero en el valle de Gloucester aporta asimismo elementos cruciales para informar la revisión judicial de proyectos que pueden tener un alto costo ambiental que puede ser pasado por alto frente a sus pretendidos beneficios económicos y sociales. Al resolver sobre la validez de una negativa a un proyecto de minería a cielo abierto, considerando sus potenciales impactos adversos sobre los usos del suelo y los recursos naturales, la afectación que se causaría a las generaciones presentes y futuras por la contaminación y otros daños ambientales, la Corte resolvió que la ubicación de los recursos naturales que pueden ser explotados no es la consideración principal que debe tenerse en cuenta, sino su sustentabilidad. En el mismo caso es de gran relevancia el puntual análisis realizado por la Corte australiana sobre las obligaciones derivadas de los compromisos nacionales para mitigar el cambio climático y que deben ser valoradas en cada decisión sobre un proyecto que pueda significar un retroceso en los esfuerzos mundiales en este tema.

De igual importancia, los casos relativos a conflictos relacionados con la gestión y eliminación ecológicamente racional de las sustancias y los desechos peligrosos en Costa Rica y la Unión Europea, ponen en evidencia la complejidad de las decisiones que se adoptan en un contexto de incertidumbre, como ocurre con el uso de agroquímicos en la agricultura, pero también dan una guía detallada de la revisión judicial sobre los análisis de riesgo y la aplicación práctica de los principios de cautela y precaución.

Como se advierte en el caso de Costa Rica, la revisión judicial de decisiones en contextos de incertidumbre puede ser un elemento crucial para el establecimiento de estándares como el uso de la mejor información disponible, que además de ser herramientas críticas para implementar el principio precautorio, son elementos indispensables para la tutela efectiva de los derechos fundamentales de acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales. El caso del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea es un precedente emblemático sobre las implicaciones del principio de cautela y su aplicación transversal en

todas las actividades económicas, y particularmente en aquellas relacionadas con el uso de sustancias peligrosas como los agroquímicos.

Los ensayos que complementan los estudios de caso, así como los que se incluyen en el apartado de tendencias emergentes en el campo de la justicia ambiental y climática, elaborados por jueces y expertos internacionales de destacado prestigio en el campo del derecho ambiental, contribuyen con una mirada amplia a las múltiples dimensiones en las cuales, cada vez más, los sistemas de justicia en el mundo deben responder a las apremiantes demandas sociales para la existencia de vías efectivas de acceso a la justicia para resolver los conflictos relacionados con el uso de la diversidad biológica y la calidad del medio ambiente.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12, 13y 16.5 puntos. Marzo de 2021.

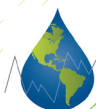
La *Antología judicial ambiental* que aquí se presenta, a través del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en colaboración con el Instituto Judicial Mundial del Ambiente (GJIE) y el Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad, es un ejemplo contundente de la contribución que realizan jueces, juezas y operadores jurídicos alrededor del mundo para responder de manera decidida a un desafío global en el tema. Este número de la Antología judicial ambiental 2017-2020 está dedicado al estudio de los principios del derecho y la progresividad de la justicia ambiental en el derecho comparado e internacional.

Esta publicación se basa en la compilación temática de casos emblemáticos en el derecho comparado que son un aporte como precedentes en la evolución del arte de hacer justicia en la conflictividad ambiental, para avanzar a una trayectoria de desarrollo más sustentable, en armonía con la naturaleza. Incluye artículos de reconocidos expertos invitados de alto nivel y jueces de altas cortes (incluida la directiva del GJIE) acerca de las tendencias en los temas emergentes abordados por las decisiones judiciales emblemáticas que se destacan en la publicación, tales como las diversas perspectivas de la justicia ambiental, la aplicabilidad y evolución de los principios del derecho ambiental e internacional, y el emergente litigio climático y las respuestas judiciales al respecto.

La intención de este primer esfuerzo es servir de insumo para el análisis comparado de la adjudicación de los grandes retos del acceso a la justicia en asuntos ambientales en las próximas décadas.



Global Judicial Institute
on the Environment
Institut Judiciaire Mondial
de l'Environnement
Instituto Judicial Mundial
del Ambiente



IIJS
Instituto Interamericano de
Justicia y Sostenibilidad
Un Puente entre la Justicia,
sostenibilidad y prosperidad

