



9 Y 10 DE OCTUBRE DE 2014
SANTIAGO - CHILE

1^{er} FORO INTERAMERICANO DE JUSTICIA AMBIENTAL

1^{ER} FORO INTERAMERICANO DE JUSTICIA AMBIENTAL:

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014



Tribunal Ambiental

1^{ER} FORO INTERAMERICANO DE JUSTICIA AMBIENTAL:

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014



Publicación del Tribunal Ambiental de Santiago.

Todas las fotografías son propiedad del Tribunal Ambiental de Santiago.

Fotografías de portada: Djalma Orellana.

Fotografías del Foro: Jesús Inostroza.

El diseño de portada e interiores y fotografías no pueden ser reproducidos en manera alguna ni por ningún medio sin permiso previo del editor

Imprenta: Editora e Imprenta Maval SPA.

Santiago de Chile, noviembre de 2016.



ÍNDICE

**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**
EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

ÍNDICE 03

INTRODUCCIÓN 07

SESIÓN INAUGURAL 12

Palabras de bienvenida Ministro de Medio Ambiente Pablo Badenier 13

Palabras de bienvenida Ministro Presidente del Tribunal Ambiental José Ignacio Vásquez 17

PRIMER PANEL: Tribunales Ambientales: Experiencia comparada para regímenes de tutela efectiva de los derechos ambientales. 22

“Origin and experience of EC”. Chateram Sinanan. President of Environmental Commission (EC). Trinidad and Tobago. 24

“Origen, alcance y experiencia del Tribunal Agroambiental de Bolivia”. Gabriela Cinthia Armijo. Magistrada del Tribunal Agroambiental. Bolivia 28

“Origen, alcance y experiencia del Tribunal Ambiental Administrativo”. José Lino Chaves. Presidente del Tribunal Ambiental Administrativo. Costa Rica 32

“Origen, alcance y experiencia del Tribunal Ambiental, Chile”. Rafael Asenjo Zegers. Ministro Titular Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago. Chile 39

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS 51

SEGUNDO PANEL: Tendencias de la Justicia Ambiental: nuevos conceptos, principios e instituciones	68
“ELTO’s experience”. Jerry De Marco. Justice of the Enviromental and Land Tribunal of Ontario (ELTO). Canadá.	70
“La Experiencia de la Fiscalía”. Antonio Vercher. Fiscal Judicial de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo. España	76
“Environmental Justice: Concepts and Jurisprudence”. Kathie Stein. Member of the Enviromental Appeals Board. USA.	86
“El Acceso a la Justicia Ambiental”. Sergio Muñoz. Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Chile	90
“Conceptos e instituciones de Justicia Ambiental”. Jorge Bermúdez. Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile	109
“Princípios Emergentes do Direito Ambiental”. Antonio Herman Benja- min. Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil	118
BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	147
TERCER PANEL: Acceso a la Justicia Ambiental: Garantías Constitucionales y Convenciones Internacionales	164
“Reflexiones acerca del marco garantista básicamente jurisdiccional previsto al medio ambiente en el Perú”. Eloy Espinosa- Saldaña. Magistrado del Tribunal Constitucional. Perú	166
“El acceso a la Justicia Ambiental en el Ecuador”. Carlos Ramírez Romero. Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Ecuador	174
“La Protección Jurisprudencial del Medio Ambiente en Colombia”. María Claudia Rojas. Presidenta del Consejo de Estado. Colombia	199

“Convención de Aarhus y Acceso a la Justicia Ambiental”. Ximena Fuentes Torrijo. Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, ex Ministra Suplente Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago. Chile	206
--	-----

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	214
--	-----

CUARTO PANEL: Proyecciones para la Jurisdicción Ambiental	224
--	-----

“Access to Justice and Environmental Courts and Tribunals: The Global Picture and Future Predictions”. George and Catherine Pring. University of Denver Sturm College, USA.	226
---	-----

“La Justicia Ambiental: Alcances y Límites de la Garantía Constitucional”. Vladimir Pasos de Freitas. Profesor de Derecho Ambiental del Programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Paraná. Brasil	233
--	-----

“Nuevos Tribunales Ambientales en El Salvador”. María Luz Regalado. Magistrada de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador	242
---	-----

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS	255
--	-----

Reflexiones a partir del Foro	262
--------------------------------------	-----

Javier Serrano. Presidente de la Asociación de Derecho Ambiental de España	263
--	-----

José Agustín Ramírez. Ex Jefe de la Unidad Ambiental del Consejo de Defensa del Estado de Chile	269
---	-----



INTRODUCCIÓN

**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

INTRODUCCIÓN

La presente publicación contiene las ponencias de los expositores que participaron en el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental, organizado por el Tribunal Ambiental de Santiago y realizado en Santiago de Chile los días 9 y 10 de octubre de 2014, habiendo reunido a más de 100 magistrados, académicos, expertos y abogados de todo el continente para analizar la aplicación de la justicia ambiental en América.

La cita tuvo como objetivo generar un intercambio de ideas y experiencias en materias relativas a la justicia ambiental, tales como su estado actual, las tendencias existentes respecto de conceptos y principios ambientales aplicables a la función jurisdiccional y el rol de las garantías constitucionales ambientales.

Un espacio especial tuvo la presentación de los diferentes modelos institucionales utilizados en los países de América, entre los que destaca el novedoso sistema implementado en Chile con la reciente creación de los Tribunales Ambientales, que se distinguen por su carácter de especiales, autónomos y mixtos en su conformación.

El evento fue transmitido en directo vía streaming, a través de la web del Tribunal Ambiental de Santiago (www.tribunalambiental.cl), sitio en el cual se encuentran disponibles todos los archivos audiovisuales.

Entre los expositores destacaron el Ministro Sergio Muñoz, entonces Presidente de la Corte Suprema de Chile; Antonio Hermann Benjamin, Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil; Jerry DeMarco, Magistrado del Tribunal de Medio Ambiente y Tierra de Ontario, Canadá; Chateram Sinanan, Presidente de la Environmental Commission de Trinidad y Tobago; Antonio Vercher, Fiscal Judicial de Medio Ambiente



y Urbanismo del Tribunal Supremo de España; María Claudia Rojas, Presidenta del Consejo de Estado de Colombia; Carlos Ramírez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador; José Lino Chaves López, Presidente del Tribunal Ambiental Administrativo, Costa Rica; George and Catherine Pring, de la University of Denver Sturm College, Estados Unidos; Vladimir Pasos de Freitas, Profesor de Derecho Ambiental del Programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Paraná de Brasil; María Luz Regalado, Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; Gabriela Cinthia Armijo, Magistrada del Tribunal Agroambiental de Bolivia; Jorge Bermúdez, profesor de Derecho Administrativo y Ambiental de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Kathie Stein, Jueza de la Junta de Apelación Ambiental de los Estados Unidos; Eloy Espinosa-Saldaña, Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú; Ximena Fuentes, Ministra Suplente Abogado y Rafael Asenjo, Ministro Titular Abogado, ambos del Tribunal Ambiental de Santiago.

Entre las conclusiones que se recogieron del encuentro, destacó la necesidad de crear instancias de discusión internacional respecto de la Justicia Ambiental. Cada vez más se establecen instituciones relacionadas con ella en diversos países del planeta con el objeto de abordar esta nueva temática que se ha convertido en una demanda de la sociedad y de la judicatura que los gobiernos están enfrentando para garantizar el acceso de todas las personas a una Justicia Ambiental, que junto con garantizar los derechos de todos a un ambiente de mejor calidad, consolide el aporte de esta magistratura especial a la construcción de una sociedad sustentable más justa y accesible para todos.

Al publicar las exposiciones y debates de este primer Foro de 2014 en conjunto con las mismas correspondientes al II Foro de 2016, creemos estar facilitando una consolidación del interés, a nivel nacional e internacional, por el desarrollo de la Justicia Ambiental.

Así esperamos apoyar la creación de instancias, procedimientos e instituciones, que permitan tanto a los Magistrados de estos tribunales especializados, como a académicos, abogados y representantes de nuestras sociedades, debatir sobre y a actuar en conjunto frente a los desafíos que implican para nuestros ordenamientos jurídicos sustantivos, institucionales y procedimentales, las modificaciones a nuestro entorno, derivadas de las transformaciones ambientales globales como el cambio climático, la pérdida de la biodiversidad y el deterioro de las condiciones que han existido siempre entre nuestras sociedades y el entorno natural, sustento de nuestra vida y fuente de satisfacciones humanas, tanto productivas como culturales y éticas.



Invitados al Foro con Ministros y profesionales del Tribunal Ambiental de Santiago.

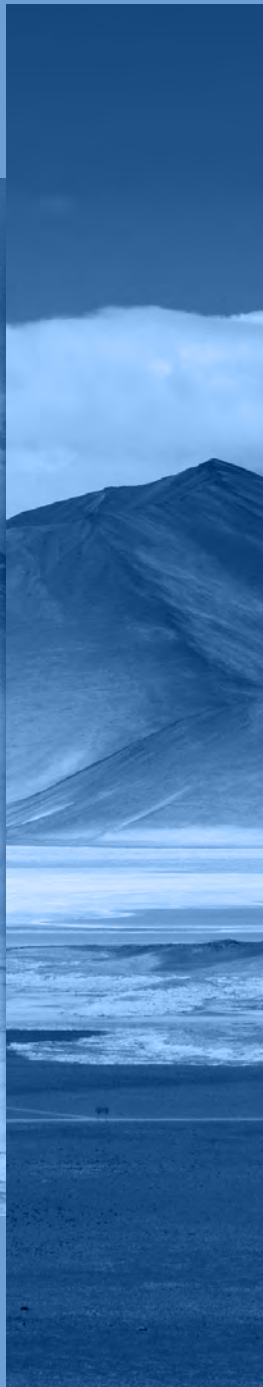
La Justicia Ambiental tiene un rol importante que jugar en esta nueva situación. Seremos los integrantes de sus instituciones, pioneros muchos de ellos, quienes promovamos sus avances con logros hoy también impensables pero que serán concretos si persistimos en nuestros esfuerzos comprometidos solo con un futuro mejor para todos, confiando en la herramienta del Derecho y el rol de la jurisdicción como mecanismo de solución de las controversias que nos permitirán avanzar.

Rafael Asenjo
Presidente
Tribunal Ambiental de Santiago
Noviembre 2016



**1ER FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**
EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

SESIÓN INAUGURAL



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

Palabras de Bienvenida

Sr. Pablo Badenier, Ministro del Medio Ambiente.

Señor José Ignacio Vásquez, Presidente del Segundo Tribunal Ambiental con sede en Santiago, muchas gracias por la invitación. Estimados ministros, magistrados presentes.

Quiero iniciar estas palabras agradeciendo al ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago por la organización de este foro, que marca una senda de diálogo en torno a la jurisdicción ambiental.

El foro manifiesta un espacio internacional para la discusión acerca de temas ambientales relacionados con una tutela judicial efectiva, que progresivamente resguarda la garantía que ha podido comprender la política ambiental como un eje central del desarrollo.

Para el Gobierno de Chile es un honor ser país anfitrión de un encuentro en torno al medio ambiente y su esfera jurisdiccional, pues ello revela la importancia que tanto en Chile como en el extranjero, ha tenido y seguirá teniendo el problema ambiental y el acceso a mayores niveles de equidad social.

En los últimos años nuestro país ha impulsado reformas estructurales que han sido fundamentales para llevar a efecto una política ambiental coherente con las necesidades de demandas que implica nuestro desarrollo y sus habitantes. En este contexto, diversos son los hitos que marcan nuestro crecimiento institucional en materia ambiental y nuestra historia legislativa en la materia así lo refuerza.

La inclusión como derecho fundamental, en nuestra Constitución Política y la dictación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, pueden considerarse como el inicio de una verdadera revolución legislativa que en sus orígenes tuvo como principios el eje de garantizar la coordinación de todo el sector público y reconocer las competencias de los servicios y ministerios en las materias ambientales.

De tal manera, la institucionalidad ambiental diseñada por la referida norma descansó en un modelo transversal y coordinador, en la convivencia práctica de mantener la institucionalidad pre-existente, en la generación de una función coordinadora que integre las visiones sectoriales y en la descentralización regional plasmada en las comisiones regionales de medio ambiente.

Sin embargo, después de una década de funcionamiento, la normativa ambiental fue blanco de diversas críticas fundadas, que apuntaban principalmente al modelo político institucional, demostrando que la estructura, si bien pudo haber sido eficiente en la década de los 90's, se encontraba en el siglo XXI con nuevos desafíos cuya complejidad desbordaba la institucionalidad ambiental existente.

En efecto, el avance económico del país trae aparejado consecuencias sociales más que relevantes, entre ellas: el ámbito ambiental figura como una importante inquietud en un país que pretende alcanzar el desarrollo de manera equitativa y solidaria. Basta consignar en este aspecto nuestro ingreso a la OCDE, que exige en esta materia el sometimiento permanente al escrutinio público de la idoneidad de nuestras políticas ambientales, lo que obliga a actuar con seriedad y con criterio de eficiencia y calidad en la gestión ambiental.

Lo anterior ha significado que durante su primer mandato la presidenta Michelle Bachelet impulsara una segunda etapa con respecto de la modernización de la institucionalidad ambiental, que fue concluido con la dictación de la Ley 20.417, que ha dotado a nuestro ordenamiento de un sólido cuerpo institucional competente en materias ambientales en desarrollo. De esta forma nuestro país se ha comprometido a que no basta solo con la determinación de niveles de contaminación o normas de calidad o normas de emisión que resguarden garantías constitucionales mínimas, sino que también es necesario que el Estado asuma un rol protagónico en el diseño e implementación de políticas, planes y programas en materias ambientales, como también la protección y la conservación de la diversidad biológica, de los recursos naturales renovables para promover el desarrollo sustentable y la conservación de nuestro patrimonio ambiental.

La creación del Ministerio del Medio Ambiente, del Servicio de Evaluación Ambiental y de la Superintendencia del Medio Ambiente han sido fundamentales no solo para promover la política nacional ambiental, sino también para velar por su efectivo cumplimiento, mediante procedimientos transparentes, fiscalizaciones activas, sanciones claras, que sin lugar a dudas han importado un salto cualitativo en el desarrollo institucional que el país ha experimentado desde hace ya más de dos décadas.

En este sentido la equidad también demanda un acceso y protección de todos los ciudadanos, cualquiera sea su condición. La protección del medio ambiente y la conservación del patrimonio ambiental deben tender a mejorar la calidad de vida de todo un país de norte a sur, de cordillera a mar, en nuestro caso, evitando la exclusión de cualquier

grupo o individuo respecto de los beneficios que una política pública como la ambiental puede y debe brindar. Eso también es concordante con el Principio 10 de la Declaración de Río, que establece que el mejor modo de tratar cuestiones ambientales es con accesos apropiados a la información, con participación ciudadana y con acceso efectivo a la justicia. Es por eso que en noviembre próximo, en Chile, los países tomaremos una decisión esencialmente política en poder enfocarnos en la naturaleza y contenido de este instrumento.

Chile propiciará, en ese marco, un convenio vinculante que, confiamos, aportará a mejorar nuestra toma de decisiones respondiendo al compromiso que exigen los derechos de acceso y equidad ambiental.

Como he señalado, en nuestro país dicha equidad se ha visto enormemente fortalecida con una institucionalidad ambiental como la descrita anteriormente. No obstante los órganos administrativos deben ser co-ayudantes por una institucionalidad de carácter jurisdiccional que no solo supervigile el que hacer de los órganos administrativos con competencia ambiental sino que también asegure el acceso a la justicia ambiental y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, los pilares ambientales, constituidos por las propias normas y por los órganos administrativos que las interpretan, ahora complementados por otro pilar de corte jurisdiccional que desde su especialización asegura el debido resguardo de las garantías ambientales de todos los ciudadanos.

Una de las principales razones para la existencia un sistema de revisión judicial es precisamente la eficiencia y eficacia en relación a la protección de las garantías. En este sentido, los jueces cumplen un rol esencial dentro de una democracia que pretende entablar sistemas de contrapeso, limitando los desbordes del poder público y actuando como agente activo al servicio de la tutela de derechos.

Es por eso que la instauración de los Tribunales Ambientales en Chile, no solo se condice con el establecimiento de una revisión judicial respecto de los actos de la administración, sino que también extiende su ámbito de competencias a los aspectos contenciosos que se deriven de nuestra Ley de Bases, permitiendo el igual acceso a la jurisdicción de todos los habitantes de nuestra República.

Nuestro país cuenta actualmente con una institucionalidad robusta, en desarrollo, tanto del punto de vista administrativo como judicial. La puesta en marcha de los Tribunales Ambientales terminará de cerrar el último ámbito de acción que una política ambiental debiese prever

y que ha considerado nuestra última normativa ambiental al respecto. Así la instauración de tribunales especializados, exclusivos para temas ambientales se ha considerado esencial para la debida comprensión de las materias que aquejan a la ciudadanía. La integración mixta que ofrecen los tribunales, compuestos por abogados y profesionales de las ciencias y de la economía dan cuenta de dicha especialización y de la necesidad de comprender el cuidado del medio ambiente desde una perspectiva integral y multidisciplinaria.

Lo anterior, sin duda, importa también un desafío relevante para la administración, la que lejos de pensar en medidas tendientes a limitar el ámbito del ejercicio de los derechos que concede nuestro ordenamiento jurídico, que contribuyen a disminuir la denominada judicialización, deben forzarse a generar decisiones cada vez más claras y acompañadas de mayor diálogo con la ciudadanía interesada.

De esta forma las características de nuestros tribunales y del abanico de temas que tendremos posibilidad de apreciar en este foro constituyen un valioso testimonio de un nuevo gran esfuerzo de esta judicatura especializada de acercarse a la ciudadanía ilustrando sus derechos y prerrogativas en relación al medio ambiente y los desafíos propios que le competen para garantizar mayor equidad y justicia social.

Señor Presidente, Ministros, Magistrados, desde el Gobierno de Chile, un afectuoso saludo y felicitaciones por la organización de este Foro, muchas gracias.

Palabras de Bienvenida

José Ignacio Vásquez, Ministro Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago

Muy buenos días a todas las autoridades, magistrados y académicos nacionales y extranjeros, muy buenos días señoras y señores presentes en este Foro.

En primer lugar deseo expresar a nombre del Tribunal Ambiental de Santiago la más cordial bienvenida a todos los presentes a este Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental que se inicia, esperando que los temas que se desarrollarán en las jornadas de hoy y mañana, satisfagan las expectativas, los intereses y las inquietudes de todos ustedes.

En segundo lugar, debo manifestar nuestro profundo y encarecido agradecimiento a todos quienes aceptaron nuestra invitación para participar y cooperar en este evento trasladándose en la mayoría de los casos, desde lejanos lugares de nuestra América y de Europa.

La participación de todos ustedes constituye para nosotros un alto honor y estamos ciertos que contribuirán decididamente con sus experiencias y sus perspectivas a ilustrar y enriquecer el diálogo que pretende ser este inédito Foro en nuestro país. Tal como se señala en la invitación y en el programa; el propósito del Tribunal Ambiental de Santiago, al organizar este encuentro, ha sido ofrecer un espacio de diálogo entre magistrados y académicos de distintos países de toda América y España a fin de promover el intercambio de ideas y experiencias en dicha materia, su estado actual, su importancia creciente, la presentación de las diferentes o los diferentes modelos jurisdiccionales que se realizan, las tendencias existentes en materias de conceptos y de principios ambientales aplicables en la función jurisdiccional y el rol de las garantías constitucionales ambientales.

El planteamiento de tales temas surge del hecho que en la actualidad se asumen los problemas de la calidad de vida y del medio ambiente como un compromiso y un fin estatal fundamental. Más aun en el estado constitucional de derecho o en el modelo que algunos autores han denominado como estado ambiental de derecho, la existencia de tribunales con competencia ambiental ha comenzado a ser una demanda y una condición para la garantía del debido proceso, así como el derecho de un medio ambiente adecuado y de la justicia ambiental.

Para contextualizar la afirmación anterior conviene tener presente la llamada “sociedad del riesgo” escrita por el filósofo Ulrich Beck, como la moderna sociedad amenazada por los potenciales peligros de una dinámica de desarrollo económico, social y tecnológico que no tiene precedentes históricos, capaces de acelerar dramáticamente el cambio climático, y siendo aún deficitaria de un sistema de prevención de los impactos sobre la vida y los ecosistemas. Esta realidad pone en un lugar preferente y prioritario el tratamiento de los temas ambientales los cuales no pueden ser solo un asunto de tratamiento desde la academia o de la teoría, pues en ella están involucrados los imperativos de responsabilidad para todas las personas, grupos e instituciones públicas o privadas y de forma especial para nosotros los jueces aquí presentes. Aunque en la teoría de la sociedad del riesgo no hay un énfasis específico en el tema de la justicia ambiental, se puede afirmar sin embargo que la actual tensión entre desarrollo económico, industrial y tecnológico y la preservación de la naturaleza y el medio ambiente, así como el creciente reconocimiento de la participación activa y de la responsabilidad de las personas, ya sea como consumidores o como víctimas de los riesgos ambientales, hace prioritaria esta clase de justicia en cualquier lugar del planeta o el mundo.

El concepto de justicia ambiental se ha asumido teórica o programáticamente recurriendo a definiciones ya conocidas, como aquellas que nos hablan de distribución equitativa de las cargas o beneficios ambientales entre las personas de una sociedad, considerando la capacidad de ellas para participar en la decisión, en la implementación, desarrollo y aplicación de políticas, normas y regulaciones medio ambientales que las afectan.

Este concepto ha fundado y justificado en general políticas, normas e instrumentos jurídicos de protección y evaluación ambientales útiles para promover la sustentabilidad de manera previa al desarrollo de los proyectos o posteriormente para corregir los efectos no sostenibles y desde luego, los daños ambientales.

Sin duda que los instrumentos normativos y prácticos son importantes, pero tienen un efecto o una efectividad relativa, pues existe siempre la eventualidad de su incumplimiento transgresión. Uno de los principales aspectos de la justicia ambiental es la facultad de las personas para poder demandarla o requerirla; porque la responsabilidad ante ella no solo puede depender de los gobiernos, de las administraciones o de quienes detentan algún tipo de poder, sino que también de quienes tienen la autoridad reconocida para resolver los conflictos ambientales cuando se judicializan, o sea, cuando no son resueltos por las

instituciones competentes de manera oportuna. Por ello es importante considerar los instrumentos a favor de las personas y la sociedad que le permiten ejercer sus derechos y accionar concretamente para la tutela del medio ambiente; esto es acceder a tribunales y jueces en busca de una resolución que obligue a su cumplimiento o a la reparación del daño ocasionado como ultima ratio propia de un estado de derecho.

Esta es la dimensión de justicia ambiental que queremos considerar aquí en este Foro. No lo hemos concebido para una discusión teórica o únicamente académica; hemos querido que el motivo del mismo, que le da su contenido, sea analizado y discutido con una perspectiva más bien práctica de la misma, desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional; motivo de aquí la presencia principalmente de jueces y magistrados. Ello porque consideramos que la justicia no solamente se materializa en políticas, normas, regulaciones o instrumentos de evaluación ambiental, sino que también en el ámbito llamada “justicia con toga”, como lo ha denominado Ronald Dworkin, la justicia concreta, la decisión del caso particular que emana de los jueces.

Esta dimensión jurisdiccional, la justicia ambiental, es la que de manera más concreta, hace posible y garantiza aquellos elementos contenidos en el concepto o en la teoría sobre dicho valor, valor de la justicia ambiental.

Conscientes de este desafío y de esta responsabilidad, los ministros de este Tribunal nos propusimos, hace más de un año, la realización de este Foro desde dicha dimensión, la dimensión jurisdiccional.

El Tribunal Ambiental de Santiago, desde su constitución hace casi dos años, en diciembre de 2012, ha considerado que la pieza clave de la realización y garantía de la justicia ambiental no solo se encuentra en las normas y en las políticas públicas, sino muy especialmente en la existencia de una judicatura o tribunales de naturaleza especializada e independiente o autónoma. Especializada, tanto por su competencia como por su integración, con profesionales provenientes de distintas ciencias: jurídica, sociales, naturales, etc. e independientes de la Administración. Queremos ser francos en señalar que nuestra institucionalidad ambiental, en su expresión jurisdiccional, puede constituir un singular modelo que sugerimos conocer y considerar para futuros desarrollos en otros países, precisamente por contemplar en su diseño las mencionadas características de independencia y especialización.

Como expresaba Raúl Brañez, destacado jurista chileno que vivió en México muchos años, el acceso a justicia ambiental debe ser entendido como la posibilidad de tener la solución expedita y completa para las

autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos. Por lo tanto cabe considerar que en este concepto de justicia ambiental el derecho de acceso a la misma que otorgan a las personas, a las organizaciones y a la sociedad en general la capacidad real de incidir en las decisiones de los estados o en las actuaciones de los privados.

El derecho de acceso a la justicia ambiental, otorga a las personas, grupos y comunidades organizadas los instrumentos jurídicos y políticos necesarios para que, a través, de la información y la participación en los procedimientos racionales y justos, se brinde la adecuada protección del medio ambiente, y por supuesto, garantizando más allá de la esfera individual, la sobrevivencia de la misma y de la naturaleza. Es una manera concreta de asumir el principio de sustentabilidad y de responsabilidad a favor de las generaciones futuras y la misma naturaleza.

Por otro lado, como lo ha señalado el jurista François Ost, para garantizar efectivamente el acceso a la justicia ambiental, es importante comprender el Derecho Ambiental como una construcción interdisciplinaria y compleja, en la que confluyen, no solo diferentes ramas del Derecho, sino que de otras diferentes disciplinas científicas, lo que implica suponer desde luego, la superación de las concepciones clásicas y tradicionales del Derecho.

Por lo anterior, es necesario afirmar y llamar la atención sobre la necesidad de que el Derecho en general y el Derecho Ambiental y la actividad jurisdiccional, en particular, ante el valor de la justicia ambiental, se abran a la interrelación con el resto de las disciplinas científicas a fin de constituir un aporte efectivo tanto al desarrollo de la dogmática jurídica como de la jurisprudencia a través de la jurisdicción o de la actividad jurisdiccional.

El desafío actual para los jueces ambientales, ya no puede ser la mera descripción o la aplicación mecánica de normas, sino que el de construir y cruzar los puentes que unen el mundo jurídico formal con el mundo científico. Para ello es indispensable interpretar las normas ambientales con una perspectiva amplia, que llamaré “meta jurídica” o incluso integración o unidad de conocimiento, en la expresión del reconocido biólogo norteamericano Edward Wilson.

La experiencia que están realizando los tribunales ambientales en Chile en su integración mixta con profesionales con formación jurídica y científicos, con formación natural o económica, da cuenta de lo anterior

y sin duda el resultado a mediano plazo será positivo y enriquecedor para la realización de la justicia ambiental.

El fin, el reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico protegido, el derecho de gozar de un medio ambiente adecuado, el derecho de las personas para actuar a favor y en defensa de los bienes ambientales es el modo como las sociedades actuales debieran asumir la relación entre el Derecho y la naturaleza. Esta relación constituye un cambio fundamental de paradigma que no solo debe manifestarse en lo jurídico sino también en lo cultural y en lo existencial.

Finalmente, no me resta más que manifestarles a ustedes el compromiso asumido por el Tribunal Ambiental de Santiago para buscar y promover soluciones a los retos que enfrenta la justicia ambiental en Chile y nuestra América. Estoy cierto que todos los aquí presentes estaremos muy atentos a las exposiciones, al diálogo y a las discusiones que se susciten, así como a las eventuales conclusiones de este Foro. Efectivamente, nos interesaría lograr conclusiones de largo plazo, pues ello nos permitirá enriquecer la dimensión jurisdiccional, pensando fundamentalmente en el establecimiento de tribunales ambientales en todos nuestros países, haciendo posible de esta manera procedimientos racionales y soluciones justas para todas las personas.

El perfeccionamiento de los mecanismos que hacen posible la justicia ambiental es beneficioso para el medio ambiente y para toda la humanidad y me permito reiterar aquí una paráfrasis del conocido aforismo latino: “Fiat iustitia, pereat mundus”, “hacer Justicia aunque perezca el mundo”, expresando de manera más congruente con nuestro tiempo: “hágase justicia ambiental para que no perezca el mundo”.

Con este espíritu inauguro este Foro y los invito a aportar ideas que nos permitan avanzar hacia un futuro del mundo menos riesgoso, más seguro, un futuro de mayor conciliación entre el hombre con la naturaleza.

Muchas gracias y bienvenidos a este Foro.

PRIMER PANEL



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

PRIMER PANEL

Tribunales Ambientales: Experiencia comparada para regímenes de tutela efectiva de los derechos ambientales.

Expositores:

- **Chateram Sinanan**, President of Enviromental Comission (EC). Trinidad and Tobago. "Origin and experience of EC".
- **Gabriela Cinthia Armijo**, Magistrada del Tribunal Agroambiental de Bolivia. "Origen, alcance y experiencia del Tribunal".
- **José Lino Chaves**, Presidente del Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica. "Origen, alcance y experiencia del TAA".
- **Rafael Asenjo**, Ministro Titular Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago, Chile. "Origen, alcance y experiencia del TA".

Moderador:

- **José Agustín Ramírez**, abogado, ex Jefe de la Unidad Ambiental del Consejo de Defensa del Estado de Chile.

"Origin and experience of Enviromental Comission"

**Chateram Sinanan. President of Enviromental Comission (EC).
Trinidad y Tobago**

Trinidad and Tobago is a twin island Republican state with a total land area of approximately 1981sq miles and a population of about 1.3m and located just seven miles of the East coast of Venezuela. It is one of the Small Island Developing States (SIDS). It is one of the more developed of the SIDS having been blessed with a wealth of natural gas and oil.

Being one of the SIDS, it is understandable why we are so concerned with the cause and effect of global warming. We are aware that there may be little that we -as a SIDS- can do to have any great impact on the emission of Greenhouse gases and Global Warming, but we are very conscious of the fact that every bit counts. It takes just one drop of water to fill the glass and just one drop to over flow the glass. We are committed to doing our part in reducing the amount of our emission of Greenhouse gases and the protection of our environment.

Amongst other steps to protect our environment was the creation of the Environmental Commission of Trinidad and Tobago, a superior court of record. It is reputed to be the first Environmental Court in the Western Hemisphere. The Environmental Commission is an impartial and independent body. It comprises a full time Chairman and Deputy Chairman, as well as other members full time and part-time. The Chairman and Deputy Chairman are required to be attorneys-at-law of not less than ten (10) years standing, while other members are appointed on the



Chateram Sinanan. Presidente de la Environmental Commission (EC). Trinidad y Tobago

basis of their knowledge, or experience in environmental issues, engineering, natural or social sciences. This applied to all the members of the Environmental Commission.

It was created by Part VIII of the Environmental Management Act of 2000 as an administrative and civil court. The criminal issues in relation to environmental breaches are in the jurisdiction of the criminal courts. However, criminal proceedings do not prevent an administrative or civil proceeding being brought against the same person or entity.

The procedure for bringing an application before the commission has been significantly simplified in an attempt to make it easy for people to access the Commission.

The Procedure to Access the Commission is as Follows

We are all very conscious of the cost of litigation, this cost being deterrent to most would be litigants. This was also a significant factor taken into consideration in the formation of the Commission in making it more accessible to all. There are no filing fees and a simplified procedure allowing a -would be litigant to appear on their own behalf (without counsel). We went even further by amending the Legal Aid Act in 2012 to allow legal aid representation for those who qualify by passing a simple means test. This amendment was made during my term of office as the head of Legal Aid.

Unfortunately, in spite of all these incentives, the Commission is a grossly underutilised institution mainly because people are not aware of the existence of the institution or its function. One of the major reasons for this is the name of the institution, people have not equated the Commission with being a court. The other is total ignorance of the presence of the institution.

In May of 2014 the Commission embarked on an outreach program to sensitize the nation of the existence of the commission, how to access the commission and the remedies available at the commission, this outreach is a success in that the consciousness of the public aroused as evident by the public's response in seeking more and more information about the commission.

Presently, all matters before the commission are matters brought by or against the Environmental Management Authority, as such the amount of matters before the commission is dependant on the effectiveness of that Authority. The E.C has specific powers under the EM Act as well

as all the powers inherent in a Superior Court of Record and and -as such- can, punish contempt of Court; enforce its own orders; require the attendance and examination of witnesses; permit entry on inspection of property; require the production and inspection of documents; and all other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction.

The E.C has jurisdiction to hear and determine the following matters: appeals from decisions of the Environmental Management Authority (EMA) as specifically authorised under the EM Act; applications for deferment of decisions by the EMA to undertake certain emergency response activities; applications for deferment of designations by the EMA of environmentally sensitive species or areas'; applications by the EMA for the enforcement of any Consent Agreement or any final Administrative Order; administrative civil assessments; appeals from designation by the EMA of 'environmentally sensitive areas' or 'environmentally sensitive species'; appeals of the EM Act from a decision of the EMA to refuse to issue a certificate of environmental clearance or to grant such certificate with conditions; appeals from any determination by the EMA to disclose information or materials claimed as a trade secret or confidential business information; complaints brought by persons pursuant to section 69 otherwise known as Direct Private Party Actions; an appeal against an Administrative Order issued by the EMA; an appeal where the EMA has failed to comply with the requirement for public participation; an appeal against a decision of the EMA to reject a claim under the Certificate of Environmental Clearance Rules 2001, that information supplied in an application is a trade secret or confidential business information and should be excluded from the national Register of Certificates of Environmental Clearance; an appeal against the EMA under the Noise Pollution Control Rules and such other matters as may be prescribed or may arise under the EM Act.

Mediation Proceedings at the Commission

At the Environmental Commission, mediation is the preferred method of Alternative Dispute Resolution. The practice and procedure regarding mediation is set out in Rule 10 of the Environmental Commission Rules of Practice and Procedure. According to Rule 10, "mediation which is part of the hearing may be held for the purpose of attempting to reach a settlement of the issues, or at least their simplification. It is conducted in confidence, by a member of the Commission, Commission staff or a person appointed by the commission. If no settlement is reached on the issues, the hearing will take place with no reference to the information disclosed during the mediation, except with the consent of the parties". When the

substantive matter comes back to the Court, it should be noted that the mediator if sitting as judge in the matter is requested by the Chairman to recuse himself from the matter.

In keeping with its vision to inter alia provide equal access to a fair and effective system of justice for all members of society; earn respect and confidence of an informed public; its mission to inter alia conduct the Commission's business based on an underlying commitment to equal and timely justice while providing public access to an independent forum for the resolution of disputes and to make decisions in the best interest of the public, the Environmental Commission of Trinidad and Tobago has made significant strides in the jurisprudential landscape of Trinidad and Tobago.

“Origen, alcance y experiencia del Tribunal Agroambiental de Bolivia”.

Gabriela Cinthia Armijo. Magistrada del Tribunal Agroambiental. Bolivia

Buenos días, inicialmente un saludo a todos los Magistrados, académicos y todos quienes están participando de este importante evento, un saludo especial al Presidente y miembros del Tribunal Ambiental de Santiago, que han hecho posible este espacio, sin duda fundamental, importante, urgente para todos nosotros y nuestros países.

Mi exposición va a estar referida especialmente a la conformación del Tribunal Agroambiental en Bolivia, por lo que no se hará referencia a una experiencia específica en materia ambiental, debido a que continuamos en una Pausa Legal (*vacatio legis*), desde la misma implementación de este Tribunal en cuanto a las competencias que tienen que ver con la temática ambiental. Las competencias actualmente desarrolladas por este Tribunal abarcan los temas: agrario, forestal, aguas, etc. ligados con el tema ambiental, pero con sus propios ámbitos.

Entonces, lo que voy a exponer a continuación son los retos que tenemos, que seguramente se irán a enriquecer con las diversas experiencias que en este evento se irán a compartir que, segura estoy, contribuirán en el proceso de consolidación de esta nueva institución especializada, en el ejercicio de sus competencias.



Gabriela Cinthia Armijo.
Magistrada del Tribunal
Agroambiental.
Bolivia

La Jurisdicción Agroambiental, en Bolivia, nace con la Constitución Política del Estado Plurinacional, promulgada el año 2009, sobre la institucionalidad ya existente de la justicia agraria, constituida entonces por un Tribunal Agrario y la judicatura agraria, el tema de medioambiente de alguna forma se encontraba implícitamente vinculado al tema agrario, forestal y aguas, conociendo demandas contencioso-administrativas sobre todo en materia de tierras y forestal, procesos de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales y los procesos que sirvieron de antecedentes para la emisión de tales títulos de propiedad de la tierra y finalmente resolviendo casaciones sobre las sentencias emitidas por los jueces agrarios.

En Bolivia al igual que otras experiencias del continente la justicia en materia agraria se encontraba inmersa en el ámbito administrativo, pero a partir de 1996 adquiere un carácter de independencia y especialidad dentro de la judicatura en general, a partir de la vigencia de la ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (octubre 1996) y empieza su trabajo desde el 2000; este arduo proceso tuvo un desarrollo interesante en el campo judicial hasta que el 2009, se nos plantea este nuevo reto que introduce al tema agrario, el tema ambiental en sí mismo, con atribuciones y competencias en materia de biodiversidad, flora, fauna, conservación de especies, etc. desde el campo judicial.

Como se ha mencionado, esta nueva jurisdicción con un Tribunal Agroambiental y jueces agroambientales, surge a partir de lo que era la Justicia Agraria en Bolivia sumando competencias que, desde el campo académico y doctrinal, plantea una crítica para su efectiva implementación dentro de una misma jurisdicción al tratarse de dos ámbitos que tienen sus propios espacios, su propio desarrollo y su propia doctrina: el agrario y el ambiental en sus diferentes vertientes.

Al parecer, en la Asamblea Constituyente la intención inicial era trabajar con la dimensión ambiental de lo agrario de manera más explícita, pero las competencias insertas desde lo agroambiental implican, además de la dimensión ambiental de lo agrario, asumir también competencias en materia ambiental de manera independiente y al margen de lo agrario; éste es uno de los mayores retos que actualmente tiene la jurisdicción con una historia y base esencialmente agrarista.

Como seguramente ustedes conocen, las máximas autoridades judiciales en Bolivia (Tribunal Agroambiental, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y también los Consejeros del Consejo de la Magistratura), hemos sido electas por voto popular y en lo que respecta al Tribunal Agroambiental, los conocimientos y capacidades que se han valorado en los postulantes han sido a partir de formulaciones de manera con-

junta en cuanto a la experiencia en el campo agrario y/o ambiental y desde luego al tratarse de una novedosa especialidad desde el servicio de administración de justicia, la experiencia que ha primado es la agraria en las nuevas autoridades. Este Tribunal está conformado por siete Magistrados, un Presidente y dos Salas especializadas, cada una conformada por tres Magistrados.

Electos y posesionados en el cargo, nos abocamos a la tarea de elaborar una propuesta de procedimiento agroambiental para contar con un instrumento normativo procedimental propio que además desarrolle estas nuevas competencias, en este esfuerzo fuimos parte de la Comisión Codificadora junto a la Dra. Ortuño (Magistrada suplente con bastante experiencia en el campo ambiental), también se coordinó con el Ministerio de Justicia y en la parte ambiental, se recibió el apoyo de Vicepresidencia a través de un experto.

Del proyecto de codificación, se pueden destacar tres tipos de acciones ambientales: la Acción Preventiva para suspender o cesar actividades que puedan generar daño, la Acción Reparadora para disponer la reparación o rehabilitación cuando el daño ya se ha producido y la Acción de Resarcimiento para disponer la indemnización de daños y perjuicios; todas estas formuladas en el marco de los derechos ambientales y la protección de los derechos de la Madre Tierra reconocidos en la Ley Fundamental del Estado.

La Ley Orgánica Judicial, dentro de la cual se encuentran definidas las competencias y atribuciones del Tribunal Agroambiental y los Jueces agroambientales, establece la necesidad de contar con una ley especial para la Jurisdicción Agroambiental, precisamente por su carácter de especialidad, misma que debe normar desde la estructura institucional, hasta los requisitos para la selección de funcionarios judiciales para los juzgados agroambientales; sin embargo, aún no se cuenta con esta Ley.

Dos aspectos fundamentales perjudican el desarrollo pleno de esta jurisdicción y la promulgación de la Ley de Procedimiento Agroambiental: primero, las leyes sustantivas que hacen al tema ambiental, no han sido aún adecuadas a la Constitución vigente, pese a contar con una Ley de Derechos de la Madre Tierra, la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, entre otras no menos importantes, entonces se ha llegado a trabajar inicialmente con un procedimiento, cuando las leyes sustantivas aún se encuentran en proceso de adecuación. Este puede ser uno de los motivos por los cuales la propuesta legislativa que se tiene desde la Comisión Técnica del Senado boliviano todavía está esperando su promulgación y, segundo es el contenido ambiental del proyecto, que sabemos es un tema sustancialmente sen-

sible y que tiene implicancias sociales, económicas, políticas que van más allá de lo estrictamente judicial y todo esto de alguna manera perjudica una implementación adecuada de todas estas competencias del Tribunal Agroambiental.

Corresponde señalar dentro del mismo Órgano Judicial no se llega a visibilizar la real importancia de una judicatura especializada, más aún si se trata de un área nada tradicional dentro de la administración de justicia, impidiendo un camino llano hacia la consolidación de la justicia ambiental y ello, al parecer sucede en muchos de nuestros países como señalaba el anterior expositor, se origina incluso en la educación superior, pues el contenido curricular de nuestras universidades está más orientado a materias tradicionales como la civil, penal, comercial, etc.

En desconocimiento de este campo especializado, se pretende evaluar el trabajo de una jurisdicción agroambiental a partir de una relación cuantitativa de causas, cuando la naturaleza de estas materias va mucho más allá de intereses particulares pues suele implicar sobre todo intereses colectivos. Para los agraristas, los ambientalistas, la mora procesal no es el principal problema.

En Bolivia la cara de la justicia es la justicia ordinaria, específicamente la Penal, donde es evidente la mora procesal y saturación de causas, mientras que en materia agraria rige la oralidad desde su nacimiento y no existe mora procesal; sin embargo prima una visión generalizadora del órgano judicial, no solo a tiempo de la evaluación de desempeño, sino incluso a tiempo de definir estructuras y presupuestos, lo cual impide apreciar la verdadera dimensión y potencialidad de esta nueva jurisdicción.

Finalmente, estoy convencida que precisamente las condiciones que tenemos al ser una jurisdicción pequeña, sin mora procesal, que tiene mucha experiencia en la oralidad, en la conciliación y en la mediación, con un natural relacionamiento con la jurisdicción indígena originario y campesina, debería estar a la cabeza de todas las transformaciones que se pretenden en el sistema judicial boliviano -al margen de todas las limitaciones expuestas-, las que en todo caso, no evitan que sigamos viendo para adelante, trabajando, preparándonos para asumir todas estas competencias de manera efectiva y logremos aquello que es el Talón de Aquiles en el Derecho Ambiental en general: la Justicia Ambiental.

Muchísimas Gracias.

“Origen, alcance y experiencia del Tribunal Ambiental Administrativo”

José Lino Chaves López. Presidente del Tribunal Ambiental Administrativo. Costa Rica

Cómo no agradecer a los amigos de Chile, al Presidente e integrantes del Tribunal Ambiental de Santiago. Es motivante volver a este hermoso país y por su puesto agradezco a todos ustedes por estar aquí esta mañana.

El 1º de enero del año 2008 me correspondió el honor y el enorme compromiso de asumir la Presidencia del Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica y hoy después de siete años me permito hacer algunas pequeñas reflexiones sobre lo que debe ser un Juez Ambiental.

Escribe Piero Calamandrei, *“...que las sentencias de los jueces deben dentro de los límites de las posibilidades humanas, ser sencillamente justas frente a la seriedad del fin práctico al que deben servir, que es el de llevar la paz a los hombres...”*. De este concepto clásico rescato la fuerza que tiene la figura del juez en la sociedad y la clásica jurisprudencia concebida en la figura del juez como un ser neutral, pasivo y quieto.

En nuestros días se reclama la existencia de jueces comprometidos socialmente, jueces de acompañamiento y de protección. Cuando éramos estudiantes de la Facultad de Derecho, nuestros profesores, o algunos



José Lino Chaves.
Presidente del Tribunal
Ambiental Administrativo.
Costa Rica

al menos, nos decían que el Derecho va siempre atrás de los cambios de la sociedad, sin embargo en nuestra época la evolución de la sociedad y de la sobrevivencia humana han creado el ordenamiento de Costa Rica, ordenamiento jurídico, un juez ambiental administrativo cuyo requerimiento sea la especialidad del Derecho Ambiental; un administrador de la justicia que debe resolver sobre un bien que pertenece a la esfera social y va más allá de lo individual. Un bien que trascienda a la esfera privada, lo cual ya genera no poco descontento y recelo, para ir a la esfera del Derecho Colectivo.

En materia de Derecho Ambiental la tarea del juez es más ardua pues debe acudir a una estructura jurídica que prima fácil se antepone a los problemas tradicionales del Derecho y al propio Derecho Positivo Local. La defensa del ambiente requiere de la participación activa de la judicatura, debe ejercitarse dinámicamente. Todos los resortes de las leyes deben aplicarse, dejando de lado los conceptos obsoletos y buscando expandir el acceso a la justicia y los efectos de sus decisiones. Se trata del tiempo de las Cortes Verdes y principalmente de los Jueces Verdes como bien lo escribe el jurista Ernesto Cafferata.

Los jueces que imparten la Justicia Ambiental deben poseer todos los requisitos de cualquier juez, pero además hoy como nunca se requiere de un estudio permanente y consistente, un conocimiento razonable de la esfera social y política, un interés que va más allá de las simples resoluciones de fondo y que exigen conocimiento en los campos de los hechos que se denuncian. Es un juez de oficina y de montaña, de costa y de mar, es un juez que debe conocer los avances técnicos y tecnológicos, un juez que debe tener la misma fortaleza del Derecho Ambiental, para poder implementarlo. Es un juez cuyas resoluciones deben ser jurídicas, pero también sustentadas en criterios técnicos, esto también es aplicable a las y los abogados que practican el Derecho Ambiental y especialmente aquellos que están en la función pública.

El juez ambiental y los Tribunales Ambientales tienen además la obligación de rendir cuentas con transparencia e informar a la ciudadanía. Sobre este particular la Sala Constitucional de mi país, a través del voto 2008- 9.711, declaró la constitucionalidad del Tribunal Ambiental de informar a los medios de comunicación sobre la realización de operativos ambientales con la posibilidad de paralizar diversos proyectos si se encuentran vulnerando o tengan a vulnerar la normativa ambiental.

En esto la sala manifestó *“debemos entender en este sentido que dicha convocatoria no ha lesionado derecho alguno a la empresa amparada, toda vez que de ello no se desprende ningún acto del Tribunal ni tampoco implica el cierre aludido a efectuar sin proceder de previo a constatar*

ciertas consideraciones”. La Sala Constitucional de Costa Rica indicó en esa sentencia que el Tribunal Ambiental tiene la obligación insoslayable de hacer rendición de cuentas a los ciudadanos del país. Los costarricenses, tienen el derecho de saber lo que está ocurriendo en nuestro territorio.

Sin embargo, no pocas veces se nos recusa o acusa a los jueces porque se le informa al país que existe un daño ambiental en determinados sitios y en qué consisten, olvidando o ignorando dicho mandato la Sala Constitucional y ese derecho de la ciudadanía a la información sobre la situación ambiental.

Se ha criticado a los jueces del Tribunal Ambiental de Costa Rica señalando que somos jueces y parte, olvidando o ignorando que la Ley Orgánica del Ambiente también le otorga las potestades de oficio, de conformidad con el artículo 111, inciso c. Pero si hay que reconocer que los jueces ambientales efectivamente tienen un interés en cada caso que se juzga, ¿acaso cuando juzgamos una causa ambiental por contaminación, por tala, por afectación de nacientes o quebradas, no tienen los jueces ambientales un interés directo?, ¿acaso la misma agua que puede estar contaminada no es la que consumimos?, ¿no respiramos acaso el mismo aire que todos los demás o es que a los operadores de la justicia ambiental, no los afecta el cambio climático?

Pero todo esto es parte de caminar en el desarrollo y en la aplicación del derecho ambiental, así lo hemos entendido en el Tribunal Ambiental de Costa Rica y sabemos que estamos evolucionando. Acá el Tribunal Ambiental que inició sus funciones en 1997, ahora ha entrado en la adolescencia y casi ya en la madurez y ha venido aprendiendo sobre sus propios pasos. Interpretamos que deberíamos dar dos, tres y cuatro pasos. Entendimos que a cada idea le llega a su trinchera como decía José Martín y fortalecimos las herramientas jurídicas que los legisladores aprobaron en 1995 para tratar de invertir el daño ambiental que el país estaba y está viviendo, a través de resoluciones de fondo y a través de medidas cautelares.

Voy a citar un par de ejemplos, de un par de casos que para nosotros son emblemáticos, no por el monto que se sancionó, sino por lo que les voy a explicar:

El caso de la inmobiliaria Costa Montaña, en que el Tribunal Ambiental la condenó en lo siguiente: se le amonestó como corresponde, se le condenó a mitigar y reparar el daño ambiental y a una compensación social. En esa compensación social, la indemnización de ese momento era la suma de 348 millones de colones, de los cuales 150 millones de colones iban a favor del Estado costarricense para el área de conser-

vación, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación y el resto para las arcas del Estado. Igualmente 100 millones para la Municipalidad de Garabito. Pero aquí lo más importante es que en este caso, es la primera vez que el Tribunal Ambiental hace una resolución que era la primera de aproximadamente unas 200 inmobiliarias, construcciones inmobiliarias que estaban en el país devastando la costa pacífica y esto tuvo su fortaleza porque esta medida cautelar inicial, fue duramente atacada, fue llevada a la Sala Constitucional que ratificó una vez más -y en nuestro país la Sala Constitucional ha hecho un derrotero ambiental impresionante y aquí esta nuestro querido Magistrado don Fernando Cruz- ratificó lo hecho por el Tribunal Ambiental.

Esta importancia radica en lo siguiente: lo primero y más importante, es que las medidas cautelares no tienen un plazo de prescripción en materia ambiental; lo segundo, también fundamental, era que esta causa fue llevada por oficio al Tribunal Ambiental; y lo tercero es que la mitigación y reparación que efectivamente la empresa hizo, andaba alrededor de los mil o dos mis millones de dólares.

Lo más trascendente aquí, es que este fue el primer caso en que el Tribunal le ordenó a la Secretaria Técnica Nacional del Ambiente, del Ministerio del Medio Ambiente y Energía, que no podía dar más viabilidades ambientales bajo la figura de parcelamiento agrícola porque se estaban anulando o brincando la legislación de Costa Rica en el sentido de que las viabilidades ambientales deben de pedirse para lo que se hace, y si son inmobiliarias con vista al mar debían indicarse como tal.

Costa Rica creó el Tribunal Ambiental Administrativo hace ya un tiempo, Chile creó tres Tribunales, hay dos en proceso. Aquí la gran pregunta es qué camino debemos seguir. Desde mi óptica considero que los países deben encaminarse hacia modelos de tribunales especializados en la sanción y en la prevención del daño ambiental. Tribunales con una flexibilidad que permita la oficiosidad de la acción como la que tiene Costa Rica, que le permita medidas cautelares inmediatas, sin mayor dilación como la tiene Costa Rica, que actúe con herramientas que van desde la paralización parcial y total de una construcción, obra o actividad, hasta la cancelación definitiva de licencias o permisos u otros, como la tiene el de Costa Rica. Tribunales que puedan resolver que los recursos en contra de sus acciones paralicen los actos, lo tenemos en el país; tribunales que puedan hacer revisión de sus sentencias pero que las mismas sean debidamente resueltas por fuerzas especializadas en daño ambiental y eso no lo tiene mi país.

El otro caso emblemático, el caso del barco atunero Tiuna, que era un barco atunero, pescando en el Parque Nacional Isla del Coco. En esto se

dio la doble vía; se llevó la vía penal y la vía ambiental administrativa. Aquí se puso en manifiesto el principio *de in dubio pro reo* versus el principio *in dubio pro natura*. En la sede penal la carga de la prueba le corresponde al Estado, en la sede Ambiental Administrativa, la carga de la prueba le corresponde al denunciado, Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad.

En este caso se dio otra diferencia radical o fundamental; en sede administrativa y en sede penal, el principio de subjetividad versus el principio de efectividad. ¿Qué sucedió? En sede penal, el barco fue liberado, únicamente se persiguió al capitán, el capitán una vez que iba para juicio se fugó del país; en sede ambiental administrativa, el Tribunal no incautó la embarcación, sencillamente le dijo a la Capitanía de Puerto que no podía dar el zarpe a ese barco, quedó en manos del armador, no salió hasta que fue debidamente sentenciado. Se le declaró con una indemnización, que podemos hablar en otra época, en otro estado sobre el daño ambiental, en una suma de alrededor de 700 mil dólares y hasta que pagó, se liberó.

Aquí se muestra la mayor eficiencia en el tema ambiental administrativo versus las sedes penales. Yo no estoy en contra de las sedes penales. Me parece que como última ratio es fundamental en cada país y que los delitos ambientales sean bien tipificados.

El Tribunal Ambiental con sus trabajos en el campo, con las acciones legales con las cautelares en el año 2008 – 2009, le abrió los ojos de la realidad de muchas regiones del país a la opinión pública. A partir del 2008 el Tribunal Ambiental de Costa Rica pellizca el párpado de la conciencia nacional para descubrir una lamentable realidad de destrucción ambiental, a pesar de los enormes logros que Costa Rica también ha hecho en materia ecológica.

El programa de barridas ambientales del Tribunal Ambiental y las denuncias recibidas por la ciudadanía han desnudado una cruda realidad de aumento en el daño ambiental de los últimos años, especialmente por tala, daños al recurso hídrico, destrucción de áreas de protección.

Los casos de daño ambiental prácticamente se han duplicado de un año a otro en los últimos años. Durante el año 2012 al 2014 el Tribunal Ambiental Administrativo ha tramitado más de 3.600 infracciones o daños ambientales en todo el país, denunciados por ciudadanos o instituciones o abiertos de oficio por el propio Tribunal. Esto nos indica que Costa Rica debe hacer un alto en el camino y revisar sus políticas y sus controles ambientales, para no perder el terreno ganado en materia ecológica.

AÑO	CANTIDAD DE EXPEDIENTES
2004	39
2005	144
2006	133
2007	309
2008	526
2009	460
2010	549
2011	469
2012	439
2013	380
2014	201
TOTAL	3.649

En la década de los 90 y en particular en 1994 a 1998, la legislación que se promulgó en Costa Rica fue impresionante, fue una legislación que puso a mi país, como un país de primer mundo, al menos en el papel. El país incluso ha desarrollado grandes y extraordinarios programas como el de Servicios Ambientales. Pasamos de una deforestación por tala en que teníamos 21% de bosques a un 52% de bosques actual. Tenemos la meta de convertirnos en el primer país, para el 2021, con Carbono Neutro.

Pero nos falta más, sinceramente yo creo que nos falta más. Debemos implementar una política agresiva de educación formal e informal en pro del ambiente, tenemos la necesidad de una Política de Prevención del Daño Ambiental.

En el Tribunal Ambiental desearíamos no sancionar, desearíamos que no exista el Daño Ambiental, pero los seres humanos no somos perfectos y seguimos cometiendo errores. Muchos de los casos de daño ambiental, lamentablemente no se circunscriben a la ignorancia; muchos de los casos tienen que ver con la codicia y la avaricia. ¿Por qué eliminar un bosque primario solo para tener vista al mar? ¿Por qué eliminar un humedal para tratar de construir un aeropuerto privado o una cancha de golf?, ¿Por qué quemar un manglar para ampliar la frontera, teniendo suficientes tierras?, ¿Por qué destruir o contaminar las gentes? ¿O es

que no requerimos el agua para subsistir? ¿O es que la agricultura no ocupa también el agua para sus cultivos? Yo creo que nos falta cambiar. Nos falta una reingeniería, interna. Yo llamo una reingeniería de la conciencia y el alma.

El Tribunal Ambiental de Costa Rica asume con ahínco la obligación moral y constitucional de velar por un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. De ahí que entendiendo, tal vez como ninguna institución pública de mi país, las dimensiones del daño ambiental, sus raíces y sus consecuencias, abogamos e insistimos en la necesidad de implementar una política de prevención al daño ambiental. Abogamos por una legislación que retome el sendero de Desarrollo Sostenible. Abogamos, desde luego, por la aplicación real de esta legislación, porque hemos retrocedido. Desafortunadamente en este terreno cada vez es más difícil aprobar normas que lleven en ese rumbo. Cada vez nuestra clase política y empresarial se divide más entre las pretensiones de regulaciones de normativas ambientales y los que defendemos un desarrollo sostenible. Cada vez más toman más importancia los aspectos fiscales y de seguridad, en cuya importancia nosotros estamos de acuerdo, pero se olvida el tema de la Protección Ambiental.

En mi país hoy todavía tenemos discrepancias, división nacional que cuesta entender, pues en el ambiente lejos de ser un tema que divida, es un principio que nos cuesta, que debe unir. Decía la poesía El Vaso de la Esperanza de un Poeta Nacional, y un gran hombre Jorge Debravo "...sin embargo la vida no está muerta, la piel tiene sabia, los pozos del amor aun echan gotas de algo como sangre o como agua...".

Los que estamos aquí hemos venido porque tenemos preocupación por el daño ambiental, porque queremos hacer algo, estamos convencidos de que, en nuestros países, a pesar de los daños ambientales, se pueden corregir los errores y hacer las cosas mejor. Tenemos esperanzas y posibilidad de actuar, queremos y podemos ser parte de la historia de países pioneros en materia ecológica. Le agradezco nuevamente al Tribunal Ambiental de Chile, por esta invitación, a nuestros amigos chilenos y chilenas que me he encontrado hoy acá, muchas gracias. Los felicito a todos por estar hoy acá y felicito a mi persona por estar hoy con ustedes.

Muchas gracias.

“Origen, alcance y experiencia del Tribunal Ambiental, Chile”.

Rafael Asenjo. Ministro Titular Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago. Chile.

En esta exposición intentaré cubrir el origen, los alcances y la experiencia del Tribunal Ambiental de Santiago. Me concentraré en dos temas: una cronología de la gestión ambiental en Chile que nos permita presentar el contexto nacional que dio origen a la dictación de la Ley de 2012 que creó los Tribunales Ambientales y, los principales rasgos de la implementación inicial del primero de ellos, el Tribunal Ambiental de Santiago.

Breve Cronología de la Gestión Ambiental en Chile.

La gestión pública, propiamente ambiental, se inicia en Chile en 1990, al regresar el país a un régimen político democrático. El Presidente Patricio Aylwin crea, en los primeros meses de su gobierno, por medio de Decretos Supremos, dos organismos para que se hagan cargo de la transversalidad de los requerimientos de una gestión ambiental que superara la fragmentación y extremada sectorialización existente en el sector público. Ellos son la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y, la Comisión Especial de Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana.

El modelo inicial de CONAMA fue el de un organismo transversal intersectorial, con un Consejo formado por 12 Ministros y una Secretaria Técnica encargada de desarrollar un plan de trabajo que, fortaleciendo la dimensión ambiental de las tareas sectoriales de cada uno de ellos, instalara en el sector público, una visión integral, propiamente ambiental, de los requerimientos que aseguraran la sustentabilidad del proceso de desarrollo del país.

El principal mandato para CONAMA fue el de preparar un proyecto de ley que estableciera las precondiciones básicas, jurídicas, instrumentales e institucionales para instalar la gestión ambiental como un componente relevante de la actividad del Estado de manera de conducir un proceso nacional en que, junto al crecimiento económico, urgente para un país con una marcada desigualdad económica-social, integrara la sustentabilidad, también indispensable para un país altamente dependiente de la explotación y transformación de recursos naturales o componentes ambientales.

El exitoso trabajo de la Secretaría Técnica de CONAMA permitió que, en septiembre de 1992, el Presidente de la República pudiera enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley que intentaba superar una situación descrita con las siguientes carencias:

“...No se dispone de a) un conjunto de principios orientadores de gestión ambiental; b) un marco de referencia común para la revisión de la legislación actual y dictación de la futura; c) un conjunto de instrumentos específicos de gestión ambiental; d) normas de responsabilidad frente al daño ambiental; y e) una institucionalidad integradora que coordinara y no sectorializara la explicitación de la dimensión ambiental de la política pública”

Dicho proyecto, después de una tramitación que contó en gran parte con la aprobación unánime de los parlamentarios, dio origen, en marzo de 1994, a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, promulgada en los últimos días de su mandato por el Presidente Aylwin.

Dicha Ley generó el marco de referencia de una gestión ambiental moderna para Chile, fortaleciendo el modelo integrador e intersectorial de gestión ambiental mediante la formalización legal de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con su Ministro presidiendo el Consejo Directivo de 13 Ministros sectoriales, encargado de definir y dirigir la aplicación de una Política Nacional Ambiental.



Rafael Asenjo
Ministro Titular Abogado
del Tribunal Ambiental
de Santiago, Chile.

La Ley N° 19.300, entre otros contenidos, oficializó la instalación de un conjunto de Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA), indispensables para desarrollar, gradual y realistamente, una gestión ambiental eficiente. Entre dichos IGA, sin duda que el más relevante fue la creación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) aplicable a proyectos o actividades iniciados a partir de 1997. El funcionamiento de este Sistema generó impactos altamente positivos, tanto en número de proyectos evaluados e inversiones realizadas. De hecho, desde su entrada en vigencia hasta enero del 2012, un total aproximado de 21.500 proyectos fueron evaluados en el Sistema con una inversión proyectada de más de 441 mil millones de dólares de inversión, generando un enorme impacto de mejoramiento de las condiciones ambientales de dichos proyectos, obviamente no sin errores y críticas puntuales.

Adicionalmente a lo citado, CONAMA tuvo resultados importantes en materias tales como contaminación atmosférica en las grandes ciudades, disminución de emisiones de grandes instalaciones industriales, aprobación de ciertas Políticas Nacionales (Estrategia Nacional de Biodiversidad (2003) y de Áreas Protegidas (2005), promulgación de reglamentos de la Ley N° 19.300, normas de calidad ambiental, de emisión y planes de descontaminación y cierto fortalecimiento de capacidad institucional en algunos principales ministerios sectoriales.

Sin embargo, a partir de 2004, a partir de los 10 años de vigencia de la Ley N° 19.300, empezó a hacerse notorio que el modelo integral y transsectorial original de CONAMA, no había funcionado como había sido desarrollado. De hecho, empezó a observarse globalmente una ausencia de suficiente consideración y desarrollo de una visión política estratégica de la gestión ambiental, predominando casi exclusivamente la aplicación del SEIA como herramienta privilegiada de gestión ambiental. De hecho, su aplicación consumía una parte importante de la labor de CONAMA y de su Consejo de Ministros, lo que era acompañado de una notoria debilidad en la aplicación del resto de la legislación ambiental existente y una ausencia importante de fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental, incluyendo las decisiones del mismo SEIA.

Esta “sensación de carencias institucionales” empezó a generalizarse a partir especialmente de 2005, momento de máxima agudización de la crisis ambiental, originada específicamente a partir del caso CELCO.

Aunque no se conoció un diagnóstico integral de evaluación de la gestión ambiental, a diez años de vigencia de la Ley N° 19.300, se impuso en el Gobierno y en las organizaciones de la sociedad civil una determinada interpretación de algunas recomendaciones contenidas en la Evaluación de Desempeño Ambiental de Chile llevada a cabo por la OCDE. Deben destacarse particu-

laramente dos: la que recomienda “desarrollar y fortalecer las instituciones ambientales en los ámbitos nacional y regional” y la que promueve la “revisión de los acuerdos institucionales y legislativos para el manejo de la naturaleza y la diversidad biológica” desarrollada bajo el subtítulo “Eliminar los vacíos institucionales en el modelo de coordinación sectorial”.

Estas dos recomendaciones particularmente, fueron interpretadas como un fuerte respaldo a la modificación sustantiva del modelo de CONAMA de gestión intersectorial con dirección cercana al Presidente de la República a través de su Ministerio Secretaria General de la Presidencia. De hecho, se envió al Congreso Nacional en Junio de 2008 un Proyecto de Ley que reemplazaba totalmente el sistema institucional vigente por un sistema eminentemente sectorializador que creaba tres nuevas instituciones a partir de CONAMA:

A. un Ministerio del Medio Ambiente (MMA), encargado de la dirección político-estratégica de la gestión ambiental, responsable de la regulación normativa y legislativa sectorial y de la supervisión de los organismos sectoriales correspondientes. El Ministro preside un Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, formado por otros 10 Ministros sectoriales;

B. un Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) encargado exclusivamente de la gestión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en sus alcances operativos y funcionales a nivel nacional y regional, contando con un Comité de 7 Ministros para conocer de las reclamaciones contra las decisiones de los servicios regionales; y

C. una Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) responsable de la fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental contenida en los IGA de la Ley N° 19.300 y de su seguimiento y sanción correspondiente.

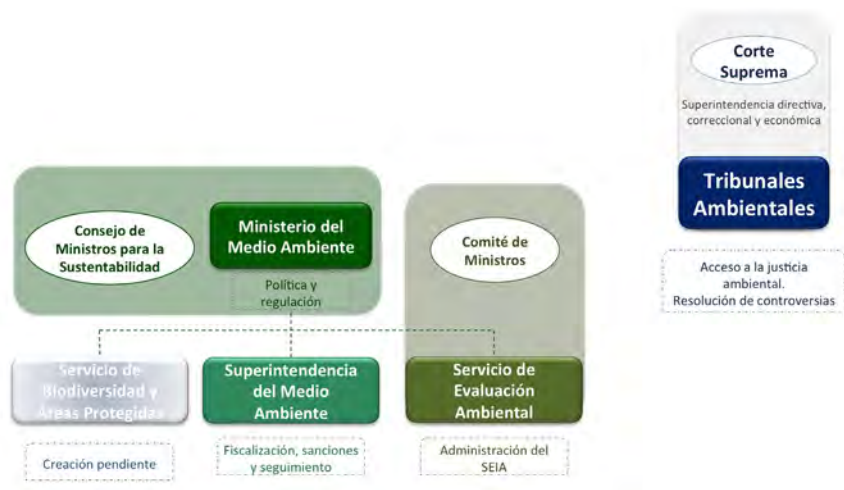
La tramitación parlamentaria fue, en general, bastante consensuada tanto en el diagnóstico subyacente como en las recomendaciones institucionales propuestas. Sin embargo, al corresponder la creación de la SMA, modelo tradicional en Chile cuando se trata de asignar competencias de fiscalización sectorial particularmente relevantes, y tratarse sus atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias, bastante fuertes en relación a lo existente en temas ambientales, se levantaron dos observaciones, particularmente importantes: por parte del sector empresarial, la necesidad de generar un control jurisdiccional sobre sus facultades sancionatorias, independiente del Gobierno, y por parte de las organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil, la de facilitar el acceso de la comunidad al proceso de fiscalización. Estas inquietudes dieron origen a la suscripción de un Memorándum de Acuerdo entre el Senado

y el Poder Ejecutivo, por medio del cual este último se comprometió a ingresar al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de creación de un Tribunal Ambiental, antes de cumplirse un año de vigencia de la Ley N° 20.417 que modificaba la anterior Ley N° 19.300.

En cumplimiento de lo acordado, la Presidenta Michelle Bachelet envió al Congreso Nacional el 28 de octubre de 2009 el Proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental, siguiendo un modelo parecido al Tribunal, también especial e independiente, de Defensa de la Libre Competencia.

Como resultado final de la tramitación de dicho proyecto de ley, con fecha 18 de junio de 2012 fue promulgada la Ley N° 20.600 de Creación de los Tribunales Ambientales.

INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL DE CHILE



Algunos aspectos a considerar sobre la implementación inicial de la labor jurisdiccional del Tribunal Ambiental de Santiago (Marzo 2013 a Octubre 2014)

Competencia jurisdiccional

Se trata de un Tribunal al que se le ha asignado fundamentalmente competencia en el contencioso administrativo aplicado sobre los instrumentos de gestión ambiental establecidos por la Ley N° 19.300. Su énfasis está concentrado en la revisión de legalidad de las decisiones

del MMA y de las resoluciones emitidas, principalmente, por el SEA y la SMA. Adicionalmente, se le ha asignado competencia para conocer de las Demandas para la reparación del daño ambiental, excluyendo la fijación de indemnización, si correspondiere, la que se mantiene en sede de los tribunales ordinarios civiles.

Al analizar las competencias del Tribunal Ambiental, debe tenerse presente que, en nuestro país, continúan vigentes un conjunto significativo de normas ambientales que no han sido incluidas en la competencias de los recientemente creados Tribunales Ambientales. Ejemplos importantes de esta situación son la legislación agrícola y forestal, de pesca y acuicultura, de biodiversidad y áreas protegidas, de aguas y suelos, de aire y caza, los Tratados y Convenios internacionales y, obviamente, las escasas y aisladas normas penales ambientales.

Características

Especial: Se trata de un Tribunal que no forma parte del escalafón del Poder Judicial y es reconocido como un Tribunal Especial, al igual que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;

Autónomo: No tiene dependencia ni relación especial con las instituciones públicas que hacen parte del Poder Ejecutivo;

Independiente: Sus decisiones finales sólo pueden ser revisadas mediante la interposición de un recurso de casación, de forma o fondo, ante la Corte Suprema y tres resoluciones del Tribunal Ambiental pueden ser apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva;

De integración mixta: el Tribunal está integrado por dos Ministros abogados, especializados en materias de derecho administrativo o ambiental y un Ministro licenciado en ciencias, con especialización en materias medioambientales;

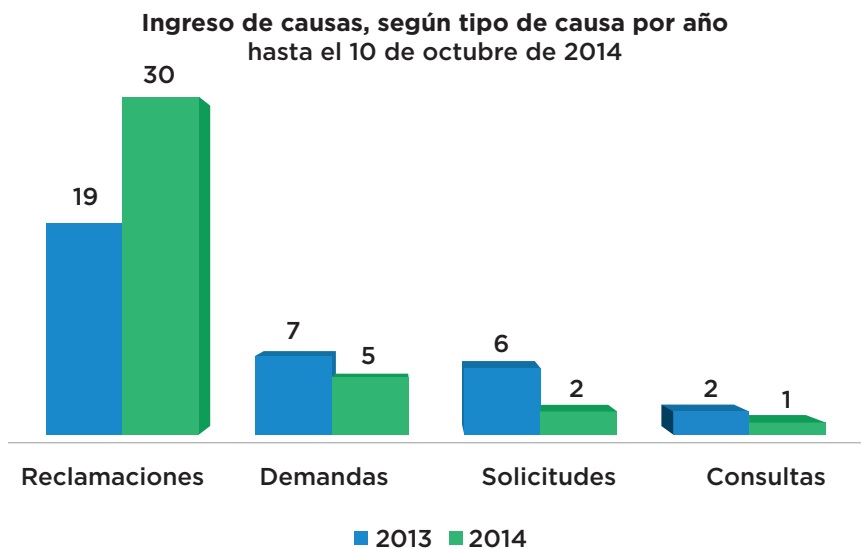
Especializado: Su integración le permite adoptar decisiones combinando el razonamiento técnico jurídico con una capacidad técnico-científica de análisis de las argumentaciones y pruebas aportadas por las partes;

Asignación de competencia territorial: Aunque el proyecto original contemplaba un solo Tribunal, integrado por cinco Ministros, la Ley estableció tres Tribunales Macro Zonales según territorio (Norte, Centro y Sur) e independientes entre sí. Como no se hizo previamente una cuidadosa proyección de posible demanda, y habiéndose instalado solo dos de ellos, (Zonas Norte y Centro en Santiago y Sur en Valdivia) se genera un entorpecimiento para la definición inicial de una doctrina o criterios jurisprudenciales comunes.

Selección de Ministros: La Ley estableció un complejo proceso de selección y nombramiento de los Ministros, tanto Titulares como Suplentes. Es el único proceso de nombramiento de un funcionario público en el cual participan sucesivamente los tres poderes del Estado: el Ejecutivo (dos veces), el Judicial y el Legislativo que debe aprobar la propuesta del Ejecutivo con un quorum altísimo, similar al necesario para una reforma constitucional. Esto ha implicado, en la práctica, un lento y engorroso proceso de nombramiento, llevado a cabo cada dos años ya que, si bien los Ministros tienen un mandato de seis años se van renovando parcialmente cada dos años. La duración del mandato de los Ministros y su rotación continua implica, lamentablemente, una poco prudente y muy frecuente incidencia de factores extra-jurisdiccionales en la composición del Tribunal.

Dieciocho meses de actividad jurisdiccional

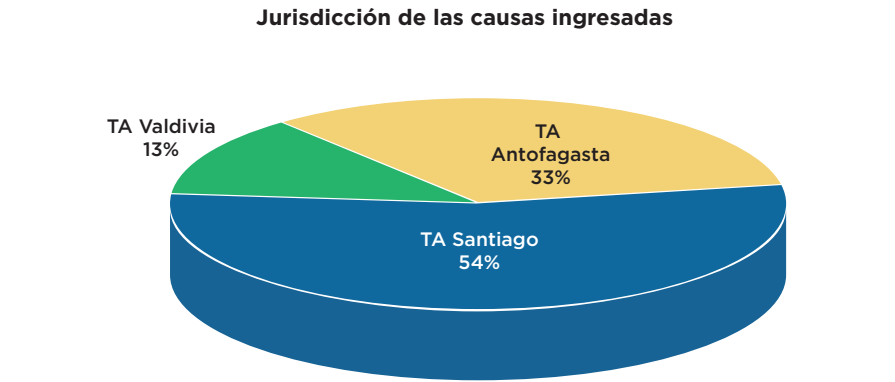
Siendo las materias más importantes en nuestra competencia las Reclamaciones en contra de resoluciones o actos administrativos del Ministerio de Medio Ambiente (MMA), del Comité de Ministros, de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y las Demandas para la reparación del daño ambiental, ha sido evidente el incremento en materia del número de causas conocidas cada año. De hecho, hemos conocido un total de 49 Reclamaciones (19 en 2013 y 30 en 2014) y 12 Demandas para la reparación de daño ambiental (7, para 2013 y 5, en 2014). Si a ellas, agregamos las 8 Autorizaciones a ciertas medidas provisionales o suspensiones adoptadas por la SMA y las 3 Consultas de la SMA para imponer ciertas sanciones, particularmente gravosas, el total de causas conocidas por el Tribunal alcanzan a un total de 72 (34 en el año 2013 y 38 en el 2014)



De las 72 causas ingresadas, 26 han sido resueltas por sentencia y 15 por otro tipo de resoluciones de término (inadmisibilidad, desistimiento, incompetencia, acumulación o archivo), habiendo 30 en tramitación y una en Acuerdo.

CAUSAS TERMINADAS 2013- 2014				
AL 10 DE OCTUBRE DE 2014				
Reclamaciones	Sentencia	Acumulada	Otro tipo de término	Total
	12	3	9	24
Demandas	Conciliación - Transacción			
	2		Otro tipo de término	6
Solicitudes	Autoriza medida		No autoriza medida	
	5		3	8
Consultas	Aprueba medida		Rechaza medida	
	1		2	3
				41

Según la asignación territorial, del total de 72 causas que hemos conocido, 39 han correspondido a la jurisdicción asignada a Santiago, macro zona central, 24 a la macro zona norte y 9 a la macro zona sur.



Algunos avances Jurisprudenciales

Del universo de 12 sentencias dictadas por este Tribunal en sus dieciocho meses iniciales de funcionamiento, es posible destacar las tres siguientes, principalmente por ser las primeras en abordar temas ambientales recurrentes a nivel nacional.

R 2-2013 “Tagua Tagua” / Reclamante: Consorcio Energético Nacional S.A. /Reclamada: Director ejecutivo del SEIA / Reclamación: Art. 17 N° 5 Ley N° 20.600¹

1 TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO, Anuario 2013, pgs.97 y sgtes.

Esta sentencia destaca pues en ella el Tribunal sostiene que la evaluación de impacto ambiental adecuada, de un proyecto o actividad, es de responsabilidad (técnica) compartida entre el titular y la Administración.

Al respecto, señala que es la naturaleza del proyecto la que orienta la legislación ambiental que debe ser aplicada por la autoridad, y no lo que el titular afirma como fin u objeto del proyecto mismo. En este caso, el titular presentó su proyecto como uno de ERNC, amigable al medio ambiente, describiendo como finalidad del mismo la producción de energía eléctrica. Sin embargo, el proyecto consideraba la combustión de Fibromix², por lo cual debía aplicarse la Norma de Emisión para Incineración y Coincineración (D.S. 45/2007 MINSEGPRES³), lo que tendría que haber sido exigido por la autoridad competente. En palabras del Tribunal, hacer esta revisión “[...] implica un grado de responsabilidad (técnica) compartida entre el titular y la Administración”⁴.

Sostiene además el Tribunal, que el efecto vinculante del Informe Consolidado de Evaluación (ICE) respecto de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) consagrado en la Ley 19300, no aplica respecto a omisiones normativas en que incurra la autoridad, por lo que la RCA debió exigir la aplicación del D.S 45/2007 al calificar ambientalmente el proyecto, aun cuando el ICE no lo recomendara, debiendo haberlo hecho⁵.

R 5-2013 “Ruta 66 Camino de la Fruta” / Reclamante: Reiss Greenwood Sergio. Reclamada: Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental / **Reclamación:** Art. 17 N° 8 Ley 20600⁶

Esta sentencia, si bien fue anulada por razones de forma por decisión de la mayoría de la sala de la Corte Suprema, es la primera en que el Tribunal se refiere extensamente a la Participación Ambiental Ciudadana, definiendo los criterios con los que esta institución debe ser aplicada por la autoridad. Destaca la importancia de que en el SEIA se desarrolle un proceso de participación informado, señalando que el principio de derecho a la información y participación ambiental, contenido en el artículo 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, ha dejado de ser “soft law” internacional, pasando a tener “reconocimiento positivo en la mayoría de los Estados democráticos del mundo”⁷.

Así, a juicio del Tribunal, “[...] la participación ciudadana informada es

2 “Combustible no tradicional constituido en su mayoría (90%) por una mezcla de guano de pollo con virutas de madera” (Cons.12°, pg. 114) sujeto “a la posible emisión de compuestos tóxicos, y en algunos casos, cancerígenos” (Cons.7°, pg. 111) de nota 13.

3 Publicado en el Diario Oficial de 5 de octubre de 2007

4 Cons.4°, pg. 110 de nota 13.

5 Cons. 7°, pg. 111 de nota 13

6 TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO, Anuario 2013, pg. 67 y sgtes.

7 Cons. 30°, pg. 88 de nota 18

*una cuestión necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar lo que el marco analítico conocido como justicia ambiental denomina justicia distributiva.*⁸

Por otro lado, en esta causa el Tribunal Ambiental defiende su competencia en esta materia ante la alegación de la reclamada que la resolución impugnada, al tratarse de reserva de acceso a la información, era materia de competencia del Consejo para la Transparencia. Sin embargo, el Tribunal al analizar la resolución, al margen del procedimiento que le da origen, señala que, en este caso, la reserva de información iniciaba materialmente un procedimiento de evaluación ambiental, por lo que el acto impugnado que la concedía, tenía el carácter de ambiental que exige la ley para reclamar en esta sede⁹.

R 6-2013 “Pascua Lama” / Reclamante: Ruben Cruz Perez y Otros / Reclamada: Superintendencia del Medio Ambiente / Reclamación: Art. 17 N° 3 Ley 2060.¹⁰

En esta Sentencia el Tribunal Ambiental, se explaya por primera vez sobre cómo deben ser aplicadas las normas que regulan, en la Ley Orgánica de la SMA (LOSMA), el procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental.

La sentencia aborda como deben ser aplicadas adecuadamente las normas de los artículos 35, 36, 38, 39 y 40 de la LOSMA. Es decir, explica que la SMA debe analizar la tipificación de la infracción según el listado del artículo 35, luego clasificarla dentro de un rango de gravísima, grave o leve, para luego dentro del rango decidido, elegir una sanción determinada según el catálogo establecido en los artículos 38 y 39. Para aplicar dicha sanción determinada, la SMA debe utilizar el artículo 40 -que no opera como atenuante ni agravante como en materia penal-, sino que entrega criterios que la SMA debe aplicar fundadamente.

Se destaca, además, que el Tribunal niega la aplicación de la figura del concurso infraccional en materia de sanción ambiental, pue no sería una figura consagrada expresamente en la LOSMA, no siendo aplicables, en esta materia, las normas del Código Penal, ni las figuras normativas que contempla. De esta forma, la SMA debería aplicar una sanción para cada infracción, y no una sola para todas las infracciones a la RCA.¹¹

Por otro lado, el Tribunal realza el carácter obligatorio de las normas y condiciones contenidas en la RCA. De esta forma, rechaza el argumento

8 Cons. 32°, pg.89 de nota 18

9 Cons. 39°, pg.92 de nota 18

10 TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO, Anuario 2014, pg. 65 y sgtes.

11 Cons. 63°, pg. 129 de nota 22

de la SMA, por el cual ésta no podría pronunciarse sobre la contaminación de las aguas por no existir norma primaria para el río Estrecho, pues la RCA incorpora obligaciones expresas que deben ser cumplidas por el titular del proyecto en relación con la calidad de las aguas, independientemente de la existencia o no de norma primaria para ese río.¹²

Algunas consideraciones finales y desafíos pendientes

Tecnología de la Información. Para la instalación del Tribunal Ambiental, el sector público ha hecho un esfuerzo financiero, técnico, profesional extraordinariamente relevante. Nuestro Tribunal es un modelo en materia de tecnología de la información, aspecto que ha sido desarrollado para aportar a uno de los principios centrales de nuestra acción, que es el facilitar al máximo posible el acceso a la justicia. Nuestro sitio web permite un seguimiento instantáneo de las causas; todas nuestras audiencias son transmitidas en vivo por streaming y se pueden ver desde cualquier parte del país o del extranjero; y hemos implementado el expediente digital, que permite la tramitación no presencial de las causas y la presentación de escritos por vía digital con firma autorizada desde cualquier rincón del país.

Movilidad. Considerando que hoy el Tribunal tiene competencia sobre dos tercios del territorio nacional, hemos desarrollado una gran movilidad: nos hemos constituido en regiones, tomamos las declaraciones de testigos ya sea en las regiones o por vía remota con bastante frecuencia y hemos llevado a cabo Inspecciones Personales de los Ministros, acompañados de los profesionales del Tribunal desde 200 a 3.000 kilómetros de distancia de Santiago y desde los 400 a 5.000 metros de altura, para profundizar el conocimiento de temas particularmente relevantes de las causas en trámite ante el Tribunal.

Deferencia administrativa. Esta institución es, como nosotros la llamamos, una delineación inicial. Una organización administrativa pública, sólida y consistente, tiene justa razón de esperar que se tenga o se haga efectiva una deferencia hacia las decisiones administrativas de los organismos públicos competentes. El Tribunal ha fijado estándares de cumplimiento y de modalidades de fundamentación y de requisitos de los actos administrativos, bastante exigentes en relación a lo que teníamos como práctica en nuestro ordenamiento administrativo.

Actos trámites de los procedimientos administrativos. Su tratamiento genera una gran inquietud en esta nueva justicia especializada. ¿Es posible pensar que todos los actos trámite de un procedimiento de

12

Cons. 72°, pg. 134 de nota 22

evaluación o sancionatorio pueden ser reclamados, muchas veces sucesivamente, ante el Tribunal Ambiental? ¿O lo que corresponde es reclamar ante el acto administrativo conclusivo que termina el proceso de evaluación o resuelve el procedimiento sancionatorio? ¿Cuál es la mejor manera de evaluar o sancionar, aplicando el justo y debido proceso y sirviendo al bien jurídico protegido de la integridad del ambiente y la salud de las personas?

Acceso a la justicia. No existiendo acción pública en Chile y no habiendo sido posible incorporarla formalmente al ordenamiento jurídico, ¿cómo facilitar una mayor “igualdad de armas” entre las partes comparecientes ante el Tribunal?. ¿Cómo superar la frecuente expresión en estrados de la enorme brecha de desigualdad de medios y recursos que es generalizada a nivel de la población nacional? ¿Cómo hacer plenamente aplicables los principios de la justicia ambiental en materia de prueba del daño ambiental, por ejemplo?

Ampliación de competencia. Hoy día existen varios proyectos de Ley en el Congreso Nacional vinculados a la Biodiversidad, que, de convertirse finalmente en leyes, entregarían nuevas competencias al Tribunal Ambiental. ¿Es factible pensar en un gradual incremento de las competencias para conocer y fallar sobre un número mayor de la variedad de temas que componen la dimensión ambiental de nuestro desarrollo como sociedad y superando la multiplicidad de sedes y procedimientos que hoy conocen de materias ambientales convertir, verdaderamente esta institución en un Tribunal Ambiental?

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Hay un tema que me gustaría que aclarara el Ministro Rafael Asenjo, y es que para las personas que no son de Chile tanta información puede ser muy sintética y quedan muchos puntos en el aire. *Rafael, ¿nos podrías explicar qué se entiende por “actos trámites” y cuál sería la relevancia de tener este punto claro para el Tribunal Ambiental?*

Sr. Rafael Asenjo

Una de las materias centrales que le toca conocer al Tribunal Ambiental son las reclamaciones vinculadas a decisiones del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) o de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA). Para hacer este ejemplo concentrémonos en el Servicio de Evaluación Ambiental, en sus decisiones finales o Resoluciones de Calificación Ambiental, en la jerga técnica, vinculadas a los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea de los Estudios (EIA) o de las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA). Desde el momento que se inicia el procedimiento de evaluación de algún proyecto o actividad, que está por ley obligado realizar una DIA o un EIA, el procedimiento administrativo genera un conjunto de resoluciones parciales que van



Moderador José Agustín Ramírez

permitiendo que el procedimiento administrativo avance como es lógico. Estas incluyen intercambios de oficios con los organismos públicos que tienen competencias ambientales, el procedimiento de evaluación ambiental es un proceso administrado por el SEA, pero con participación de todos los servicios que tienen competencias ambientales y que en distintas etapas de los procesos van generando las adendas, que son una compilación de las observaciones y van generando distintos documentos que van formando parte del expediente de evaluación.

Muchas veces se presentan reclamaciones contra la resolución final del Servicio de Evaluación Ambiental que aprueba o rechaza el EIA o la DIA, que hacen referencia o se concentran en su alegato, no solamente en las conclusiones finales del proceso de evaluación, sino que hacen referencia o tienen incidencia en documentos o resoluciones adoptadas durante la tramitación del respectivo procedimiento de evaluación. Con anterioridad a la existencia de los Tribunales Ambientales y hasta el día de hoy todavía como con un cierto cruzamiento, la principal acción jurisdiccional que se utilizaba para impugnar, por ejemplo, la Resolución de Calificación Ambiental era el recurso de protección.

El recurso de protección es una acción de *habeas corpus* especial, que se debe impetrar ante la Corte de Apelaciones y apelable ante la Corte Suprema cuando está en riesgo o está en peligro o ha sido violada la garantía constitucional, establecida en la Constitución de 1980, de vivir en un medioambiente libre de contaminación. Esa garantía constitucional, por la inexistencia de otros mecanismos que no fueran los Tribunales Ordinarios, ha sido usada en los últimos años, antes de la existencia de estos tribunales especiales, con una enorme amplitud en términos de su alcance. En muchas de esas definiciones finales de la Corte Suprema, en algunos casos se discutía de que cuando se reclamaba de lo que se llamaba “acto trámite” o sea una parte del proceso que se estaba llevando a cabo y que había dado origen a la Resolución de Calificación Ambiental, no debía ser declarada admisible, o era rechazada porque se suponía que la reclamación tenía que hacerse contra el acto final, porque los “actos trámites” eran actos parciales, que provenían de organismos sectoriales y no estaban muchas veces afectos a la mirada integral que se supone era recogida en la Resolución de Calificación Ambiental. Otras veces, sin embargo, se han acogido reclamaciones que tienen que ver con “actos trámite” o especialmente con los contenidos de los “actos trámite” de distintos organismos, incluso de organismos sectoriales, que forman parte del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.

Ese tema sigue pendiente. Hoy día la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones progresivamente han ido cediendo la competencia que no trate de materias directamente asociadas a la garantía constitucional, o

trate de materias directamente asociadas a la garantía constitucional, o que no sean materia de protección cautelar de la garantía constitucional, deben ser conocidas por los Tribunales Ambientales.

En el Tribunal Ambiental de Santiago hemos conocido y estamos conociendo situaciones puntuales que dicen relación, tanto con las resoluciones finales como con resoluciones trámites. Obviamente no me voy a pronunciar sobre cuál es la teoría que hemos aplicado, ni que tenemos intenciones de aplicar. Pero, por eso lo planteo en estos términos, este es claramente un desafío: ¿hay que esperar el término del procedimiento administrativo para poder resolver una reclamación sobre el término final o es posible intervenir en etapas anteriores del proceso administrativo de manera de intentar, por lo menos, proteger de mejor forma el bien jurídico protegido que es el ambiente?, esa es la discusión todavía pendiente y es el desafío de la tarea, entre otros, del Tribunal Ambiental.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Resumiendo un poco las preguntas, queda claro que la mayor cantidad de dudas tienen que ver con un punto específico presentado por el señor Chateram Sinanan respecto a la mediación. Al parecer ha causado una favorable impresión y hay una inquietud en conocer un poco más, por ejemplo *¿si la mediación o más que la mediación ese instar a la conciliación que hace la Environmental Commission es una instancia formal? y ¿si esos acuerdos a los que llegan las partes, son obligatorios para la Environmental Commission, o puede modificarlos?*

Sr. Chateram Sinanan

The initial opportunities that are given to the parties to start those discussions are informal discussions. Should I feel then I appoint one of the commissioners to sit as a mediator between the parties. That commissioner would not be able to sit in on substantive matters should the mediation fail, so the mediation is what would eventually be part of a formal aspect and any position reached by the mediation would now come before the court in the form of a consent order. The consent order must be approved by the Court and then the Court must be satisfied that the order by the end of the day is in the best interest for justice and the environment.

Once that is done it becomes a court order, it is not longer a parties'

Sr. Rafael Asenjo

No querría dejar pasar la oportunidad de referirnos, aunque sea muy brevemente, a los medios alternativos a la solución de conflictos. El Tribunal Ambiental de Santiago, en las causas de daño ambiental, cumpliendo por lo demás con el procedimiento establecido, en la primera audiencia llama a las partes a conciliación. El Tribunal provee términos generales de un posible acuerdo de la acción reparatoria del daño ambiental, porque como decíamos brevemente, el Tribunal no puede conocer de materias indemnizatorias civiles, que son materias de otros procedimientos jurisdiccionales, en sedes de tribunales ordinarios. Nuestra experiencia no podemos decir que ha sido mala, no ha sido totalmente exitosa. Pero en varios casos hemos logrado, bajo el incentivo del Tribunal, que las partes que llegan originalmente con una intención de seguir adelante el procedimiento jurisdiccional completo, de reclamar el daño ambiental y la reparación del daño ambiental, lleguen a acuerdos sobre bases propuestas por el Tribunal, que sí tiene que tener absolutamente claro lo dispuesto en nuestro artículo 44 (Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales) que señala *“La acción de la reparación ambiental no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado”*.

En la conciliación muchas de las partes tienen la duda de si basta que entre ellos se pongan de acuerdo en una indemnización. El Tribunal no acepta eso como una conciliación formal del procedimiento de daño ambiental. Nosotros exigimos que como parte del resultado de la conciliación haya un compromiso medible, concreto y revisable de reparación del daño ambiental, dejando el posible acuerdo indemnizatorio fuera del acuerdo promovido en la sede del Tribunal. Creemos que es un campo que todavía está abierto porque la disposición de las partes muchas veces es mucho más favorable de lo que uno podría pensar al leer los escritos originales de la demanda por daño ambiental.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

La misma cuestión se repite también para el caso de Costa Rica. Hay varias preguntas que solicitan al Magistrado Chaves extender este punto, *explicar la relación que hay entre los servicios ambientales y el Tribunal y si este tiene la facultad de actuar de oficio*.

También tenemos algunas preguntas curiosas: *¿cómo es el comportamiento de los abogados, realmente están a favor del Medio Ambiente, si protegen intereses?*

Sr. José Lino Chaves

En el Tribunal Ambiental Administrativo se llega a conciliaciones. El Tribunal las homologa. Las procuramos bajo tres o cuatro premisas. La primera, es que las partes deben llegar a un acuerdo sobre la mitigación, la reparación y la compensación social, una vez que se haya cumplido esta posibilidad; el principio es que se repare y se mitigue en el sitio, aquí aplicamos el principio el que contamina paga, no que yo pago por contaminar y lo aplicamos a raja tabla. El Tribunal Ambiental tiene una pequeña Unidad Técnica compuesta por tres ingenieros forestales especialistas en daño ambiental, dos biólogos, uno marino, también especialistas en daño ambiental, y una licenciada en química, quienes revisan las propuestas conciliatorias y si están de acuerdo a la mitigación y a la reparación el tribunal procede a homologarlo, esto es una norma ya establecida por el tribunal.

Respecto del compromiso de los abogados en el año 2008 nos encontramos con que se está desbastando la costa pacífica con proyectos inmobiliarios y era muy difícil de pesquisar, porque usted pasaba por las carreteras, veía los arboles pero más allá no veía lo que estaba pasando. Se dio que hacíamos inspecciones -hay algo que es real, y es común diría en todos los países, y es que muchas veces los funcionarios que tienen que ver con el tema ambiental no presentan las denuncias, porque si presenta una denuncia él está solo, el Estado no lo respalda, no le pone abogados y las empresas se les vienen en lo personal, entonces es una forma de intimidar-, pero decía que esto como anécdota porque nosotros efectivamente entramos con un programa que se llamó “Barridas ambientales”, paralizamos una cantidad enorme de proyectos inmobiliarios que estaban desbaratando nuestra costa pacífica, que hoy puedo decirles se volvieron a recuperar. Ellos incumplían con lo que se comprometían, con las viabilidades ambientales, que es un principio de declaración jurada aquí y en todos lados. Los agarramos como cuando un boxeador agarra, da un solo golpe y nocaut.

Lo que sucede es como en todo, el tema ambiental del daño se empezó a especializar y hay abogados que se empezaron a especializar en el tema y así como en el derecho laboral hay abogados pro trabajador, hay derecho laboral empresarial, allá en Costa Rica ya hay abogados que se especializaron en el tema. Ciertamente ahí también vamos a algo que yo lo planteo siempre: los compromisos ambientales de un país hasta dónde llegan, hasta donde nosotros tenemos un discurso doble o estamos o no estamos.

En el caso de Costa Rica, hemos hecho cosas maravillosas en materia ambiental, pero creo que ya es momento de hacer un alto y redefinir. En Costa Rica plantear una legislación ambiental después de ser tan progresivo,

tomamos desde el 2008 y hasta hace cuatro años en aprobar la Ley de Residuos Sólidos, luego tres años más para aprobar una ley de iniciativa popular donde se prohíbe absolutamente la caza deportiva y ahora estamos aprobando, con casi 70 años de rezago, la Ley de Gestión Integral de Recursos Hídricos. Cada vez cuesta más aprobar legislación ambiental y creo que es un tema no solo de los abogados, sino que de los ciudadanos y ciudadanas de un país, trasciende a los abogados.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Le voy a dar el turno a la magistrada Gabriela Armijo para que responda una pregunta recurrente respecto del caso de Bolivia: la elección popular de los jueces. *¿Cree que puede tener algún efecto respecto de la imparcialidad de los jueces, podrían ser recusados por lo mismo, se ve viable a futuro, al ser un órgano jurisdiccional propiamente tal, tomando en cuenta los intereses que pueden haber involucrados en estas materias?*

Sra. Gabriela Cinthia Armijo

Creo que la pregunta no está directamente ligada con la temática del foro, pero sin duda la modalidad de elección de autoridades en Bolivia ha generado interés enorme también a nivel internacional. Voy a dar una respuesta muy personal respecto a las preguntas y estas inquietudes: considero particularmente que la elección de las autoridades judiciales mediante voto popular, en términos generales, implica una profundización democrática que es importante, más allá de cómo se ha dado. Tal vez en mi país ha implicado el cuestionamiento sobre la imparcialidad de las autoridades, sobre todo porque este proceso en cuanto a la calificación de méritos, a la revisión curricular, entre otros aspectos, ha estado a cargo del Legislativo. Sin embargo, creo que superando algunas sombras que puedan existir en este proceso, es importante, es un paso adelante, que debiéramos pensarlo más allá de circunstancias coyunturales. Particularmente creo y confío en que este es un proceso de profundización democrática que debería superar algunas limitaciones que existen y no debería irse para atrás. Ni en la Constitución Política, ni en ningún reglamento o resolución que se hubiera hecho está excluido el tema de la meritocracia, creo que es importante. Esto sumado a la posibilidad de que el pueblo, la sociedad, pueda calificar y definir en cuanto a los postulantes, puede ayudar muchísimo. Aunque la limitación existe sobre todo cuando se trata de tribunales especializados, donde depende mucho de cuáles van a ser las condiciones y requisitos que se deben exigir, no solamente para las máximas autoridades de estos tribunales,

sino que también para todo el personal y los funcionarios que son parte de estos Tribunales.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Para Rafael Asenjo, hay varias preguntas y algunos comentarios. Hay una gran motivación de la audiencia, de las delegaciones brasileña, norteamericana, entre las más recurrentes están: *¿qué cambios sugeriría a la normativa actual chilena?, ¿cómo definiría usted este Tribunal Ambiental, si es un tribunal civil administrativo, contencioso administrativo o un tribunal constitucional, habida cuenta de la garantía al medio ambiente libre de contaminación, reconocida en la Constitución chilena?*

Sr. Rafael Asenjo

Cuando uno lleva bastantes años involucrado en la gestión, preparación y discusión del Derecho Ambiental en Chile, uno tiene absolutamente claro que, siendo honestos y comparándonos con países de la región no intentando llegar al estándar de la OCDE, el marco legislativo en general -no me estoy refiriendo a la Ley N°20.600 del Tribunal Ambiental, sí incluyéndola-, está con varios pasivos muy importantes. La Ley N°19.300 de 1994, tenía por lo menos la intención estratégica de generar un proceso acelerado de revisión y sistematización de la legislación ambiental, que en esa época llamábamos de relevancia ambiental, que venía con anterioridad a la Ley 19.300 y que incluía en ese momento más de mil normas de relevancia y vinculación ambiental, ese proceso prácticamente no se ha continuado. Hoy día es posible encontrar muchísima legislación, bastante antigua en muchos casos, que sigue estando vigente lo que implica una dificultad en la gestión ambiental, implica una dificultad para el administrador y también para el administrado definir cuál es el marco jurídico aplicable y eso es refiriéndose exclusivamente a la legislación que existía. Ahora, de la legislación moderna y usando simplemente el argumento de la OCDE, la principal línea de recomendaciones fue que aquí había un enorme campo, que llamó naturaleza, esa es una mala traducción en español, pero en realidad se refería al entorno natural, patrimonio natural, que no tiene legislación ambiental, por lo menos “moderna”. Hay muchísima legislación sectorial vinculada a los temas de patrimonio cultural, pero no hay una mirada en torno a los compromisos que el país adquirió al ratificar la Convención de Naciones Unidas sobre la Biodiversidad y eso está pendiente, por decir lo menos. Se intentó en la administración anterior generar el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, no tuvo éxito; se ha vuelto a intentar bajo la actual administración, se espera, todos esperamos como país

que esta vez sí tenga éxito, pero claramente hay un campo de enorme importancia en relación a la temática ambiental en general que tiene legislación bastante antigua.

En relación a la ley del Tribunal Ambiental nosotros tuvimos la oportunidad de organizar hace unos meses atrás, junto con el Centro de Derecho Ambiental y el Centro de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, un seminario académico de análisis de la Ley, a dos años de su entrada en vigencia, y la verdad es que hay varias disposiciones tanto orgánicas, pero particularmente de procedimiento, que requieren una revisión bastante sustantiva. Por razones mínimas de prudencia me quedaría ahí.

Segundo, en relación a la definición, no me cabe ninguna duda que este no es un tribunal de garantía constitucional, la jurisprudencia creciente de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones así lo están confirmando progresivamente. La garantía constitucional es defendible o es protegible a través del recurso de protección, y las cortes están siendo cada vez más explícitas en decir que la garantía constitucional se defiende cuando se cumplen los requisitos que establece la misma Constitución a través de esa acción especial, la acción de amparo, recurso de protección. El Tribunal Ambiental es básicamente un tribunal que conoce de materias contenciosas administrativas más una porción significativa, pero no completa, de la acción por daño ambiental.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Otra pregunta para José Lino, respecto de la publicidad o la información a la opinión pública de estos estragos ambientales, cómo se canaliza o está regulado eso, qué efectos ha tenido? Y respecto de las decisiones del Tribunal, qué instancias superiores hay para revisar dichas resoluciones.

Sr. José Lino Chaves

El tema de la comunicación en materia de las actuaciones de los tribunales ambientales tiene dos puntos, el primero es cuando íbamos a hacer lo que se hizo en el 2008 (tema inmobiliario), el Tribunal es pequeño en gente, veíamos que las dimensiones y las presiones que podían venir eran evidentes, entonces nos buscamos una consultora de comunicación para hacer la divulgaciones de los trabajos.

Nosotros no decimos que la empresa tal es la que está siendo investigada, decimos que se está investigando un daño ambiental porque el daño es evidente. Esto tuvo una consecuencia importantísima cuando se empezaron a intervenir muchas empresas, a paralizar inmobiliarias, a trabajar en el tema de agriculturas extensivas, como piñeras que igualmente se paralizaron unas cinco o seis.

Para contextualizarlos mejor debo decir que en Costa Rica hay un gran auge piñero, es un principal producto de exportación agrícola, se vende a un precio muy bueno dicen los entendidos, con un tema severísimo de daño ambiental. Muchas o la mayoría de las piñeras grandes, cuando digo grandes son 800 o 900 hectáreas de piñas, ni siquiera tenían plantas de tratamiento. Ustedes entenderán que cuando se lava la piña, se contaminan los suelos, van para los mantos de agua y ahí tenemos una comunidad que todavía en este momento, después de cuatro o cinco años, sigue recibiendo agua en cisternas, eso es una vergüenza nacional. Nosotros paralizamos piñeras que tuvieron que construir sus plantas de tratamiento. Ahora difícilmente usted encuentra una piñera sin planta, hemos encontrado en estos cuatro años una. Todas se pusieron al derecho, independientemente que el progreso al daño ambiental vaya.

Cuando paralizamos las piñeras, se generó mucha presión porque entonces y todavía, la gran discusión era hasta dónde el ambiente es un freno al desarrollo y no crean que este es un planteamiento viejo, esto lo tenemos ahora y lo vamos a tener el futuro. Mucha gente nos dice *qué bueno lo que están haciendo*, pero cuando se tocan intereses económicos tenemos un serio problema, no les gusta. En ese mo-



Público Primer Panel

mento mucha gente se nos vino encima: empresarios, gobierno, pero la prensa nacional casi unánimemente apoyó el trabajo del Tribunal Ambiental y eso nos sostuvo. Probablemente si no hubiese sido así hoy yo no estaría aquí hablando. Entonces, el tema de comunicación es fundamental.

Tiene otro punto que es importantísimo, ¿qué sucede con las inmobiliarias? Cuando intervenimos Costa Montaña, que fue el primer ejemplo que yo les mencioné en mi exposición, el regente ambiental de Costa Montaña llega y nos dice, *“mire, está bien, nosotros vamos a cumplir con todo. Pero quieren que les diga una cosa, ustedes saben cuánto le cuesta a la empresa eso que van a pagar y la mediación -que para nosotros era carísimo en ese momento- eso le va a costar acaso 50 centavos de dólar más por metro cuadrado”*. Entonces entendimos que el tema de comunicación es importante porque cuando se publicitó el trabajo del Tribunal la gente que invierte en esos proyectos empezó a quitarles el financiamiento, porque cuando hay inversiones de cierto nivel los bufetes se encargan de llevar de la mano el desarrollo y le informaban a sus inversores lo que está sucediendo con su proyecto y les quitaban el apoyo financiero, y tuvo otro efecto importantísimo, particularmente que un banco estatal, allá los bancos más fuertes son estatales, el Banco Nacional de Costa Rica tomó el acuerdo que proyectos que estaban siendo intervenidos y que tenían ellos financiamientos, se le paralizaba el financiamiento y ese fue un tema de comunicación, sino difícilmente se da. Entonces en esto pienso que la parte ambiental debe de ir siempre publicitada.

En relación a la revisión de nuestras resoluciones. Nosotros hasta antes que se crearan los tribunales contenciosos administrativos, las salas constitucionales se habían convertido en una alzada de hecho, entonces pues iban a la sala constitucional. Actualmente nuestras decisiones son revisadas en el Tribunal Contencioso Administrativo.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Y en esas revisiones, para continuar la pregunta, *¿cómo han sido las experiencias, se han confirmado las sentencias, han sido anuladas?*

Sr. José Lino Chaves

Sí y no. El gran tema, es hasta qué punto jueces no especializados en la materia, van a revisar el tema ambiental, hasta qué punto usted antepone el principio de favorecer al administrado versus favorecer a la

naturaleza. Ahí estamos teniendo no un conflicto serio, porque no lo tenemos, porque dependiendo de la sala que vaya a ver esos casos, se ratifican o se empiezan a estudiar. Hasta la fecha solo tuvimos un caso de una medida cautelar que fue levantada por el Tribunal Contencioso Administrativo, esto es por una extracción de piedra en un río y lamentablemente el daño ambiental hoy es severo.

Ahora, debo decirles con toda sinceridad que cuando se recurren las medidas cautelares del Tribunal, las están rechazando casi en las puertas los contenciosos administrativos. Hasta la fecha son cuatro o cinco casos pendientes, no sabemos los resultados de los mismos, pero también les voy a decir, nos demandan en lo personal a los jueces, entonces tenemos que enfrentar esos procesos y no solo en defensa del Tribunal Ambiental, sino en lo personal.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Esa es otra pregunta para usted, el Tribunal se plantea como un “Tribunal Verde”, claramente se puede deducir ahí el posicionamiento pro ambiente bastante fuerte, entonces *¿han recibido recusaciones de los jueces por falta de imparcialidad para poder juzgar ciertas materias?*

Sr. José Lino Chaves

Casi todos los días. Sí, muchas recusaciones. Nos llevan al Ministerio Público porque de pronto nos dicen que es por el tema de comunicación, que estamos adelantando criterios, lo cual no es cierto. Los contenciosos, cada juez está enfrentando demandas, en este caso particular, cinco o seis que estamos acompañándolos, hay otros dos jueces con tres o cuatro, o sea que es recurrente, pero es parte de lo que el país debe avanzar ahora en hacer un paro, hacer el planteamiento legal del Tribunal Ambiental, definir por ejemplo hacia dónde va.

Nosotros somos autónomos o tenemos independencia funcional, pero pertenecemos al Ejecutivo, el presupuesto nuestro depende del Ministerio del Ambiente no es un presupuesto independiente. Creo que la discusión en el futuro y ya muy pronto, mañana hay que definir hacia dónde va el Tribunal Ambiental. ¿Vamos hacia el Poder Judicial o hacemos un Tribunal Ambiental al estilo Chile como una institución autónoma? Son discusiones que ya hay que plantearse, porque efectivamente en el Tribunal, primero tenemos un amor impresionante, segundo estamos rebasados, hay que reconocerlo. Hay que reconocer que hacemos lo que ningún juez ni nadie que administra justicia debe hacer y que es

seleccionar casos y lo estamos haciendo por el volumen de trabajo y bueno, cuánto dura la resolución de los casos, ese es otro el gran tema.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Para el señor Chateram Sinanam: *¿La conciliación se puede dar entre un particular o una empresa que ha producido un daño ambiental y la administración, si esa conciliación es también instada por lo por la Environmental Commission?* Luego hay tres comentarios en que les instan y les apoyan en el cambio de nombre, hacia el Environmental Court. También se le solicita un número de denuncias aproximadas, si sabe el volumen de denuncias que han tenido y de qué áreas son; contaminación, protección de áreas protegidas o daño ambiental, cuál es la composición de la labor desarrollada de la Environmental Commission.

Sr. Chateram Sinanan

Presently it is called The Environmental Commission of Trinidad and Tobago. What business is when they hear commission they assumed that is a fact funding body and by the end of the day we prepare reports, send out the reports somewhere for implementation of consideration. As opposed to a court that makes a final decision, a decision that can be enforced by the court. So, we are court, we can make decisions, we can enforce those decisions. If it is a fill a complaint, proceedings can be brought against persons who fill the complaint. So, even if we are not called court, there is a respect for the institution as opposed when they hear a commission or in court the called some other name. Hence the reason why we want to move from the name of Commission to the name of a Court, so that mentally, psychologically it would have that effect in person's mind.

And because we know all hereabout, we know the powers we have, we know how we can implement, how we can enforce but at the end of the day, psychologically people must understand that you have that power and they must understand also that breaches has its consequences and we can enforce court orders.

The agreement. The agreement is normally made between the environmental management authority and the other party. The environmental management authority is still aim, as I described earlier, they are like the police for the environment. However the EM environmental management authority and the other party in the proceedings haven't reached an agreement, doesn't necessary mean that the commission has to rubber stamp that agreement and make it a court order . We look at the agreement and decided listen that is not on the best interest of this matter, that is not on

the best interest of the environment and is not in the best interest of justice. We can then recommend changes to that agreement, changes that we call a consent order or propose consent order. If they comply then it goes as an amended consent order that has full effect of a court order, it is not longer an agreement between the parties but it is a court order that we could, if necessary, to enforce.

We can also say no, we are not regulate that order at all or request that order at all and this matter would go to trial or sent it back to re-negotiated. So, if we are not happy with the proposed order, we can go to trial, sent it back and the matter could have a full trial and then make a court order. So the first rally with a consent order or a court order, one: when you read the document it tells you is a consent order, meaning the parties agreed and the court acquiesces that order, is a court order now. When a court makes an order it means the parties didn't agree on that order it court upon hearing evidence before the court made that order. But at the end of the day, both orders, it may be a consent order or an order of the court have the same effect, the same value.

Presently we do approximately 75 matters for the year, which in my view is a very small amount compared to what we see on the outside taking place. And, it's a wide range from coring issues, water level pollution, noise pollution and dust pollution. It's a wide range. Even there are times when we have oil pollution as well. So, I can't say that there's one type of matters coming in front of the Commission more than other type, is a wide range, and wide and varied.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

A la magistrada Armijo y al Ministro del Tribunal Ambiental de Santiago, les preguntan *¿Cuál es el desafío de la acción pública popular, en qué aspectos se está trabajando, evaluando esta acción, cuál es la opinión del Tribunal?*

Sra. Gabriela Cinthia Armijo

No sé si estamos hablando de lo mismo. En la exposición fui muy limitada para explicar algunas otras acciones que existen en Bolivia, al margen de todas las normativas que existen en el campo administrativo que está a cargo de las autoridades ambientales competentes a nivel nacional, regional, municipal, incluso de las circunscripciones o de los territorios indígenas originarios. Al margen de esto también existe la Justicia Ambiental Constitucional y se ha diseñado una acción específica en

esta nueva Constitución, que es la Acción Popular, que está establecida de manera expresa para tutelar derechos colectivos, derechos difusos, específicamente los derechos en el tema ambiental. Está a cargo del Tribunal Constitucional Jurisdiccional de Bolivia y es actualmente la acción por la que se está viendo cuando existe violación o amenaza de violación a derechos colectivos o derechos de esta naturaleza.

Sr. Rafael Asenjo

Es un tema bastante amplio y complejo que se viene discutiendo desde hace mucho tiempo. Se intentó en la Ley 19.300, durante ese proceso legislativo y no se tuvo éxito. La verdad es que genera una resistencia bastante fuerte en algunos sectores. Nosotros planteábamos que es un tema pendiente como un gran desafío. No me correspondería a mí intentar influir en esta capacidad, por lo menos en forma pública y oficial, sobre los desafíos legislativos que tiene el país.

Hay un grupo importante de organizaciones de la sociedad civil que en distintos temas han venido planteando los requerimientos en torno a la creación de esta figura jurídica. En el campo específico de la acción del Tribunal hemos definido como uno de los principios que guía nuestra acción hacer todo lo posible, dentro del marco de nuestra legislación específica, ampliar lo más posible el acceso a la jurisdicción del Tribunal. En algunos fallos hemos usado, yo diría con alguna creatividad, el concepto de incluir dentro de los habilitados para accionar a las personas, que sin aparecer como formalmente parte de las personas afectadas, sí viven y tienen derechos que pueden demostrar y probar ante el Tribunal en lo que definimos como el “área de influencia de una determinada actividad”, usando por lo demás un concepto que está en la Ley 19.300, probablemente con otra orientación, o sea en la capacidad para comparecer en un juicio, ampliar la posibilidad de acceso y generar conceptos como la capacidad para actuar de las personas que viven o que tienen intereses en el área de influencia, creemos que son maneras progresivas, lentas, probablemente en un primer momento no muy significativas, de ir generando las condiciones de facilitar, en la mayor forma posible, pero dentro del marco jurídico que tengamos vigente, el acceso a la justicia.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Bueno ahí también tenemos algunas notas nos indican que en Vermont Environmental Court también existe la mediación, que es una instancia que una vez aprobada por la Corte tiene el mismo efecto que las decisiones del Tribunal. Asimismo, se nos pregunta respecto de la indemnización o

la sanción económica por daño ambiental, ya sabemos que en Costa Rica existe esta facultad, pero en Chile al parecer no está en la competencia del Tribunal Ambiental, *¿eso sería interesante para el Tribunal Ambiental de Chile como un elemento para fortalecer la toma de decisiones?*

Sr. Rafael Asenjo

En mi opinión personal, no representando la opinión del Tribunal en este punto, si un Tribunal independiente, con capacidad de enfrentar una situación puntual desde el punto de vista jurídico y técnico va a conocer de un caso, ante el Tribunal se va a probar la existencia del daño ambiental, no me parece a mí lo más conveniente, que otro Tribunal después tenga, sobre la base de la sentencia del Tribunal Ambiental, que iniciar un procedimiento distinto para fijar la indemnización. Aparecería como bastante lógico que fuera el Tribunal independiente y técnico el que pudiera resolver ambas circunstancias que, obviamente, no es necesario ser un experto en daño ambiental para decirlo, están íntimamente ligadas y la prueba evidentemente permite caracterizar el tipo de daño y los montos eventualmente posibles de ser reparados en cuanto a la indemnización civil. Pero eso es expresamente fuera del marco regulatorio vigente de la ley del Tribunal y tendría que originarse en una modificación bastante sustantiva del marco de nuestro Tribunal.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Para terminar, voy a mencionar algunas cosas polémicas. *Respecto de Costa Rica, se plantean dos cosas interesantes para el ponente: ¿Si tuviese que elegir entre ley y ambiente, cuál debería elegir y cuál sería la coyuntura en que se vería envuelto el Tribunal de Costa Rica con esa fuerte identificación con lo verde cuando se presenten demandas contra el estado de Costa Rica por daño ambiental? Para aclarar la última inquietud, ¿cuál sería la actitud, porque tienen la competencia, del Tribunal de Costa Rica ante demandas contra el Estado?, ¿cuál ha sido la experiencia en este tema?*

Sr. José Lino Chaves

Les presento un ejemplo: daño ambiental en el Parque Nacional Palo Verde (ubicado en la Provincia de Guanacaste), en cuyo interior está el Humedal Estacional Palo Verde. El Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento, que trae aguas subterráneas, encausa el agua para que el Instituto del Desarrollo -que ahora tiene otro nombre- haga un asentamiento

de agricultores en la zona. Hizo un diseño que no era el adecuado y el 25% de esa reserva se anegó. Estamos hablando de un bosque seco con capacidad de tener aves migratorias, como consecuencia las aves migratorias que llegaban ahí a descansar y retomar fuerzas para volar al sur o al norte, no volvieron a llegar. El Tribunal trajo a audiencia a las dos instancias la Procuraduría de la Republica, los abogados del Estado participaron de esa audiencia y se condenó. La condenatoria del Tribunal no fue económica, en el sentido que la evaluación económica había llegado a ese momento a 4 mil millones de colones, en ese momento estaba en 510 o 530 el cambio. La tesis nuestra era no condenarlos por un monto exacto porque no sabíamos si la reparación y la mitigación iba a ser lo suficientemente adecuada para reparar el daño ambiental. No los condenamos en compensación social por una razón muy sencilla, en el fondo todos los costarricenses iban a pagar eso. No se podía tampoco en lo personal porque el daño ambiental había sido ocho o nueve años atrás y ya las autoridades no estaban. Se condenó en esencia en “hacer”. Al día de hoy el Instituto de Desarrollo Agrario va presupuestando más de siete mil millones de colones y apenas va por la mitad de la mitigación y la reparación.

Pongo ese ejemplo, así de claro, no hay ningún problema de llevar a una institución del Estado.

En el caso en particular de la supervisión de cumplimiento, y en todos los casos, encargamos al Sistema Nacional de Áreas de Conservación que dé un seguimiento puntual, y bueno, están los informes mensuales, bimensuales, semestrales, dependiendo del caso. El Tribunal al menos hace dos inspecciones anuales para estar claro que se está cumpliendo con eso.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

La pregunta que hace un juez de Brasil, ante la eventualidad de tener que definir, suponiendo que no hay una ley nacional, tal vez algún tratado internacional que pueda ayudar a tener en consideración.

Sr. José Lino Chaves

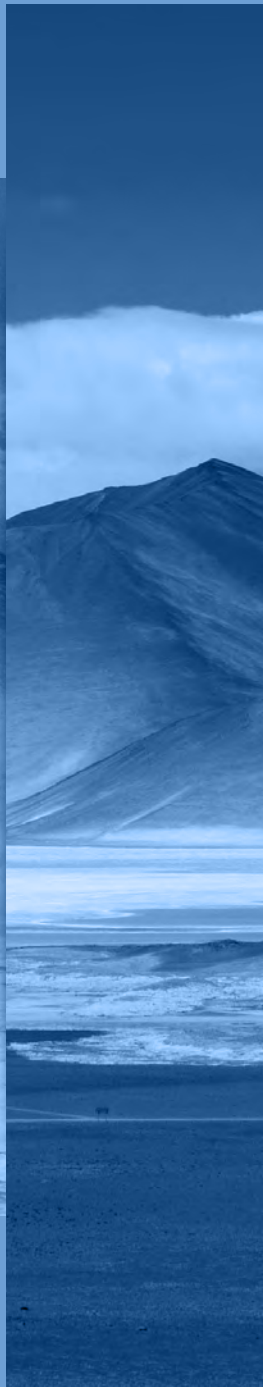
Cuando presté juramento en el Colegio de Abogados de Costa Rica, nos decían siempre que ante la Ley y la Justicia, siempre hay que estar en favor de la Justicia. Pero bueno, el tema se resuelve con más facilidad: el derecho ambiental es un derecho humano, es un derecho de tercera generación, es un derecho que está por encima de la legislación, ahí no

hay vuelta de página, y para no extenderme, simplemente el *in dubio pro natura*. Ese es el principio fundamental a la hora de resolver; en caso de duda se resuelve siempre a favor del ambiente; si es por pruebas, por pruebas; si es porque hay controversia en la legislación, por la legislación y si hay controversia entre la Constitución Política, que en nuestro país ha marcado un hito impresionante en los derroteros jurisdiccionales constitucionales, de la Sala Constitucional nuestra, pues nos vamos por ahí. Pero indudablemente no hemos sentido nunca, ni vamos a sentir, difícilmente, una controversia cuando se tienen claros los principios del derecho ambiental: es *in dubio pro natura*, reversión en la carga de prueba y todo lo que ya hemos hablado y que ustedes entienden mejor que el suscrito.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Me queda agradecer a todos los panelistas su disposición y su tiempo para este panel. Muchas gracias.

SEGUNDO PANEL



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

SEGUNDO PANEL

Tendencias de la Justicia Ambiental: nuevos conceptos, principios e instituciones

Expositores

- **Jerry DeMarco**, Justice of the Environmental and Land Tribunal of Ontario (ELTO). Canadá. "ELTO's experience"
- **Antonio Vercher**, Fiscal Judicial de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo de España. "La experiencia de la Fiscalía".
- **Kathie Stein**, Member of the Environmental Appeals Board. USA. "Environmental Justice: Concepts and Jurisprudence"
- **Sergio Muñoz**, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile. "El acceso a la Justicia Ambiental".
- **Jorge Bermúdez**, Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. "Conceptos e instituciones de Justicia Ambiental".
- **Antonio Herman Benjamin**, Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil. "Princípios Emergentes do Direito Ambiental".

Moderador

- **Javier Serrano**, abogado, Presidente (s) de la Asociación de Derecho Ambiental de España (ADAME)



"The Experience of the Environment and Land Tribunal of Ontario"

Jerry DeMarco. Justice of the Environment and Land Tribunal of Ontario (ELTO). Canadá

Brief Jurisdictional Overview

- Federal parliamentary democracy.
- Constitution divides legislative powers between federal and provincial governments.
- Provincial governments have majority, but not all, of powers affecting environment.
- "Environment" is not explicitly addressed in Constitution.
- Some provinces have environmental tribunals.

Canada – Major Environmental Issues

- Climate change including impacts on Arctic region.
- Air pollution.
- Water pollution including contaminants in the Great Lakes.
- Oil sands development.
- Endangered species conservation.
- Non-native species introductions.
- Habitat loss, including forests, from various forms of development.
- Issues relating to energy production and transportation.
- Unsustainable natural resource development including depletion of marine fisheries.

Canadian Tribunals dealing with the Environment

- Three of the largest provinces have specialized environmental tribunals or boards (Ontario, Alberta, British Columbia):
 - Ontario Environmental Review Tribunal (ERT).
 - British Columbia Environmental Appeal Board (BCEAB).

- Alberta Environmental Appeals Board (AEAB).
- Quebec has a general administrative tribunal that addresses many topics, including some relating to the environment.
- Other smaller bodies at the federal level and in some provinces and territories, some of which conduct environmental assessment hearings.
- Most of the provinces do not have permanent specialized environmental tribunals that make decisions.

Court and Tribunal System

- Canada's main environmental tribunals are not branches of the court system but are administrative tribunals established by provincial legislation.
- The tribunals are government bodies that are funded by government, and administratively and financially report to a ministry (such as the Ontario Ministry of the Attorney General (MAG), which deals with justice issues).
- They are independent from the government ministries who appear before them and exercise independent decision-making or recommendation-making authority.
- Two of the three large environmental tribunals (ERT, BCEAB) have decision-making power, while one (AEAB) is mainly a recommendation-making body.



Jerry DeMarco. Magistrado del Environment and Land Tribunal de Ontario (ELTO). Canadá

- Tribunals have jurisdiction over many matters that would have normally been adjudicated by the courts in the absence of a specialized tribunal.
- In those jurisdictions in Canada where there is no specialized environmental tribunal, disputes typically get resolved through internal government review processes or through the general courts.
- There can be appeals or judicial reviews of ERT decisions by the higher general courts. In rare cases, appeals to a government Minister may be taken.
- Prosecutions of environmental offences and many private civil disputes relating to the environment (nuisance, negligence, etc.) are still dealt with in the traditional court system and not by the specialized tribunals.

Specialized Tribunals: Questions to Consider

- Are there enough legal disputes in a given jurisdiction to warrant the creation of a specialized tribunal?
- Will the tribunal decide matters that would otherwise be decided by the administration or the general courts?
- Is the administration/government interested in devolving some of its decision-making to an independent tribunal?
- Does the tribunal have a decision-making role or does it only make recommendations?
- Are the tribunal and its members adequately independent from the administration, including the ministry that makes the decisions under appeal?

Ontario ERT

- Ontario Environmental Review Tribunal (ERT) is Canada's largest environmental tribunal.
- Resolves approximately 60-80 cases per year through adjudication and mediation.
- A number of full-time and part-time members (including Executive Chair, Associate Chair, Vice-Chairs and Members) have various backgrounds; but the majority are lawyers.

- Employs a number of staff including counsel, registrar, case coordinators, etc.

Typical Disputes Adjudicated or Mediated by Ontario ERT

- Permits to take (extract) water.
- Approvals for air emissions.
- Approvals to discharge into water.
- Waste management approvals.
- Permits to allow development in the Niagara Escarpment World Biosphere Reserve.
- Approvals to construct renewable energy projects.
- Various other licenses, approvals, permits.
- Orders to clean up contamination.
- Orders to prevent pollution.
- Orders to pay penalties or pay clean-up costs.

Ontario: ERT is part of the ELTO Cluster of Five Tribunals

- Since 2010, ERT is part of a cluster of five boards and tribunals called Environment and Land Tribunals Ontario (ELTO) overseen by one Executive Chair.
- Other tribunals in the ELTO cluster are: Assessment Review Board (property tax assessment matters), Board of Negotiation (expropriation matters), Conservation Review Board (cultural heritage matters), and Ontario Municipal Board (land use planning and other matters).
- Staff and infrastructure now shared across the ELTO cluster.
- There are now three clusters, all of which report to MAG: ELTO; Social Justice Tribunals Ontario; and Safety, Licensing Appeals and Standards Tribunals Ontario.

Clustering in Ontario

- ELTO was the first cluster of tribunals (2010) created under Ontario's Adjudicative Tribunals Accountability, Governance and Appointments Act, 2009 (ATAGAA):

...“by regulation designate two or more adjudicative tribunals as a cluster if, in the opinion of the Lieutenant Governor in Council, the matters that the tribunals deal with are such that they can operate more effectively and efficiently as part of a cluster than alone”.

- ATAGAA also specifies:

... “selection process for the appointment of members to an adjudicative tribunal shall be a competitive, merit-based process and the criteria to be applied in assessing candidates shall include the following:

1. Experience, knowledge or training in the subject matter and legal issues dealt with by the tribunal.
 2. Aptitude for impartial adjudication.
 3. Aptitude for applying alternative adjudicative practices and procedures that may be set out in the tribunal’s rules”.
- ...“No person shall be appointed or reappointed to an adjudicative tribunal unless the chair of the tribunal, after being consulted as to his or her assessment of the person’s qualifications... and, in the case of a reappointment, of the member’s performance of his or her duties on the tribunal, recommends that the person be appointed or reappointed”.

Clustering

- A delicate balance between fostering cohesion among different tribunals and maintaining the tribunals’ subject-matter expertise.
- Clustering is not a merger.
- Clustering can:
 - foster tribunal independence by having tribunals deal with Ministry of Attorney General rather than the ministry that deals with the subject matter of a proceeding.
 - improve client service, through consistency of practices and one-window service.
 - respond to changing circumstances.
 - make administration more efficient.

- share and develop best practices.
- include the development of common rules, procedures, service standards where warranted.
- allow for shared professional development opportunities.

Clustering: Options to Consider

- Co-locate in one office or in regional offices.
- Cross-appoint adjudicators and mediators.
- Engage in cluster-wide projects (e.g. mediation).
- Maintain subject-matter expertise of individual tribunals.

ELTO Strategic Plan



Alternatives to Clustering

- Individual tribunals with separate administration and membership.
- Super-tribunals that merge previously separate tribunals.
- No specialized tribunal; rely on general court system.

“La Experiencia de la Fiscalía”

Antonio Vercher. Fiscal Judicial de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo. España

I. Orígenes de la Fiscalía

Con frecuencia los cambios institucionales que tienen lugar en el seno del Ministerio Fiscal suelen ser consecuencia de acontecimientos o eventos para cuya solución se considera que la intervención del Ministerio Fiscal puede ser esencial.

Es indicativo, por ejemplo, el análisis de los eventos determinantes de la creación de la Fiscalía Anticorrupción. La Fiscalía Anticorrupción tuvo su origen en el debate parlamentario sobre el Estado de la Nación celebrado en primavera de 1994, los días 19 y 20 de abril, en un momento en el que el número de casos de corrupción en España era singularmente llamativo. En aquel momento los partidos políticos coincidieron en la necesidad de crear una Fiscalía Anticorrupción ante una sociedad que reclamaba medidas contundentes para frenar semejante situación. Esta Fiscalía nació, pues, como respuesta inmediata a una serie de resoluciones que instaban del Gobierno la promoción y adopción de determinadas medidas de orden legislativo.

En relación con la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo la aparición en la escena social española del conocido como caso de corrupción “*Malaya*” en el año 2005, y su posterior desarrollo a lo largo del 2006,



Antonio Vercher.
Fiscal Judicial de Medio
Ambiente y Urbanismo del
Tribunal Supremo. España

fue determinante de la creación por parte de las autoridades gubernamentales españolas de la citada institución.¹³

La situación al respecto era tal que, según ponía de manifiesto la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2005, *“El urbanismo, que curiosamente es uno de los motores económicos de nuestro país constituye también una fuente creciente de criminalidad que en algunas zonas fundamentales del Mediterráneo ha generado una problemática social gravísima frente a la cual la respuesta de la Administración de justicia ha sido lenta y tímida, lo que ha permitido la extensión de ese tipo de actividades...hasta vincularse en muchas ocasiones a la corrupción política”*.¹⁴

De hecho, el ejemplo de municipios como el de Marbella eran claro exponente de una innumerable lista de irregularidades delictivas, consecuencia del crecimiento descontrolado de la construcción y de una actitud administrativa que fue yendo, sin duda, más allá de una mera pasividad o tolerancia. Todo ello acabó constituyendo un caldo de cultivo de gran atractivo para grupos delictivos y entidades mafiosas. El caso *“Malaya”* se inició como consecuencia del caso *“Ballena Blanca”*, que sirvió para dismantelar la mayor red de blanqueo de dinero del país y a consecuencia del cual se interceptaron unas conversaciones telefónicas en relación a lo que resultó ser un supuesto de corrupción urbanística masiva en la Costa del Sol. Como consecuencia de aquel evento se llegó incluso a suspender las competencias urbanísticas de la ciudad de Marbella por parte de la Junta de Andalucía.¹⁵

II. Creación de la Fiscalía

La creación de la Fiscalía tuvo lugar en el año 2006, si bien justo es reconocer, en aras a la exactitud, que años antes de esa iniciativa cierto número de Fiscales actuaban en España, y sobre todo en las grandes capitales (Barcelona, Valencia, Madrid, etc.), como Fiscales especialistas de medio ambiente *“de facto”*, sin otra base legal que el apoyo de sus superiores y compañeros.

¹³ Según el Fiscal General del Estado, Cándido Conde-Pumpido, la creación de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo reforzará al Ministerio Fiscal para luchar con mayor contundencia contra las actuaciones urbanísticas corruptas, evitando supuestos como el recientemente destapado caso Malaya. Tanto el Partido Popular, como el Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Unida, coincidieron en la necesidad de crear la citada Fiscalía y de dar más medios a los Fiscales para afrontar el problema urbanístico. Vide El Mundo. 3 de abril de 2006.

¹⁴ Memoria de la Fiscalía General del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Año 2006. Pág. 505.

¹⁵ Decisión tomada a tenor del artículo del artículo 31.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Esa situación se venía produciendo precisamente porque ya se era consciente, en el seno de las Fiscalías, de la enorme dificultad y complejidad que entrañaba la investigación de los temas ambientales y urbanísticos. Lo cual hacía aconsejable la formación de uno o varios Fiscales en temas penales de medio ambiente, de manera que con esa formación se estuviera en mejores condiciones a la hora de afrontar tal tipo de supuestos. Por lo demás, esa era la única forma eficaz que permitía llevar a cabo los principios de defensa del interés común establecidos en el párrafo primero del artículo 124 de la Constitución Española.¹⁶

Lo que ocurrió posteriormente es que acabó produciéndose una comprensible institucionalización de la situación “*de facto*”, acabada de referir, con lo que la Fiscalía de Medio Ambiente y urbanismo pasó a ser a una especialidad “*de iure*”. Ese cambio tuvo lugar a través de la Ley 10/2006, de 28 de abril, de reforma de la Ley de Montes¹⁷ que introdujo en su Disposición Final Primera, apartado segundo, esa importante novedad en el organigrama del Ministerio Fiscal por medio de un artículo que se incorpora a su vez al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –el artículo 18 quinquies–, creando la figura de un Fiscal de Sala,¹⁸ como delegado del Fiscal General del Estado en la materia. Más adelante, cuando tuvo lugar la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal a través de la Ley 24/2007, de 9 de octubre,¹⁹ la regulación de la especialidad pasó a ser el artículo 20.2º del Estatuto. Según la citada norma:

“En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo Cinco a intervenir, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales.

16 “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.”

17 Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

18 “El Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, nombrará, como delegado, un fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala...”

19 LEY 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

b) Ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando aquella venga prevista en las diferentes leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan.

c) Supervisar y coordinar la actuación de las secciones especializadas de medio ambiente y recabar los informes oportunos, dirigiendo por delegación del Fiscal General del Estado la red de Fiscales de medio ambiente.

d) Coordinar las Fiscalías en materia de medio ambiente unificando los criterios de actuación, para lo cual podrá proponer al Fiscal General la emisión de las correspondientes instrucciones y reunir, cuando proceda, a los Fiscales integrantes de las secciones especializadas.

e) Elaborar anualmente y presentar al Fiscal General del Estado un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente, que será incorporado a la memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado.

Para su adecuada actuación se le adscribirá una Unidad del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil, así como, en su caso, los efectivos necesarios del resto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que tengan competencias medioambientales, de conformidad con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Igualmente, podrán adscribirse los profesionales y expertos técnicos necesarios para auxiliarlo de manera permanente u ocasional. La Fiscalía podrá recabar el auxilio de los agentes forestales o ambientales de las administraciones públicas correspondientes, dentro de las funciones que estos colectivos tienen legalmente encomendadas”.

III. Características de la Fiscalía

Los dos modelos de Fiscalía tradicionalmente existentes en España han sido el modelo de Fiscalía tradicional, con un contexto organizativo territorial basado en la provincia y más tarde ampliado a la Comunidad Autónoma,²⁰ y las Fiscalías especiales, que son básicamente la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción.

Frente a estos dos modelos de Fiscalía tradicional y de Fiscalía especial, la Instrucción 11/2005 de la Fiscalía General del Estado²¹ introdujo una

20 Ley de Reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal 24/2007, de 9 de octubre.

21 Instrucción 11/2005, sobre la Instrumentalización Efectiva del Principio de Unidad de Actuación Establecido en el Artículo 124 de la Constitución Española.

nueva opción en el seno del Ministerio Fiscal basada en los principios de especialización y coordinación y centrada en la figura del Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General del Estado. El hecho de centrar la especialidad en la persona del Fiscal Delegado, en lugar de hacerlo en toda una Fiscalía especial, busca una fórmula más ágil, coherente y eficaz y busca además fortalecer el principio de unidad de actuación consagrado en el artículo 124 de la Constitución Española. Es lo que se ha venido en llamar un sistema de *“especialización vertical”*.

Partiendo de la experiencia proporcionada por el ejercicio de las especialidades tradicionales y partiendo igualmente de que, tal como pone de manifiesto la Instrucción 11/2005, *“Las posibilidades organizativas y de funcionamiento que ofrece la configuración del Ministerio Fiscal, no condicionado por un principio como el del Juez predeterminado por la ley, proporciona ventajas indiscutibles que animan a profundizar los procedimientos especializados de los Fiscales”*, la Fiscalía General del Estado procedió a reestructurar el funcionamiento de los órganos centrales del Ministerio Público, en aras al establecimiento de los Fiscales Delegados del Fiscal General del Estado en materias que requieren un tratamiento especializado. A tal efecto, y dentro de ese nuevo esquema, se procedió *“delegando en los Fiscales de Sala determinadas funciones del Fiscal General del Estado para perfeccionar la funcionalidad del principio de unidad de actuación en las diversas áreas en las que interviene el Ministerio Público”*.

Se trata de una delegación que no resulta en modo alguno especialmente problemática ni tiene limitaciones estructurales o legales insuperables que impidan llevarla a cabo. De hecho, los Fiscales de Sala ya existentes en lo civil, penal, contencioso-administrativo, etc. son delegados del Fiscal General del Estado en los diferentes órdenes jurisdiccionales, en razón de su calificada especialidad y de las funciones tradicionalmente asignadas. Precisamente esa delegación les concede capacidad y posibilidades de intervención a nivel nacional.²² De lo que se trataba, por lo tanto, era simplemente de extrapolar ese esquema tradicional a las materias específicas de singular relevancia que, precisamente por ello, necesitaban ser abordadas con un tratamiento diferenciado. Se constituyen, de tal manera y con el objetivo expuesto, los Fiscales de Sala Delegados del Fiscal General en materias especiales.

22 Según la Instrucción 11/2005, *“Los Fiscales de Sala, pertenecientes a la Primera categoría, al margen de integrar la Junta de Fiscales de Sala —órgano del Ministerio Fiscal que asiste al Fiscal General del Estado en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal— ejercen sus funciones en Fiscalías, como la del Tribunal Supremo, que conforme al artículo 19 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, extienden su actuación a todo el territorio del Estado. Su intervención, por tanto, no tiene por qué quedar limitada al estricto marco competencial del órgano judicial ante el que actúan, sino que puede y debe incluir funciones de dirección y coordinación en el orden jurisdiccional o en la materia específica que se determine.”*

Pues bien, es en ese contexto en el que se incardinó la nueva Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo, amén de otras Fiscalías como las de Siniestralidad Laboral o Violencia de Género, que siguieron el mismo modelo. Más tarde la Instrucción 4/2007 sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías, acabó proporcionando un esquema organizativo adecuado para el desarrollo de la especialidad de medio ambiente en el seno del Ministerio Fiscal.

IV. Esquema Organizativo y Desarrollo de la Fiscalía

La característica básica sobre la que se levanta este modelo de Fiscalía es la existencia de una situación de *“delegado directo”* del Fiscal de Sala de la especialidad respecto al Fiscal General del Estado, quien transmite al Fiscal de Sala cual va a ser la política penal de medio ambiente aplicable en el país. Téngase en cuenta que los principios que rigen el funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, precisamente en aras a la aplicación eficaz de la política criminal del Estado, vienen expuestos en el párrafo segundo del artículo 124 de la Constitución Española. Según esta norma:

“2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”

Como puede fácilmente colegirse el principio de dependencia es el más controvertido. Baste decir, en relación al mismo, que esa dependencia es la necesaria para llevar a cabo la política criminal del Estado y que el mismo está sometido a los principios, posteriores, de legalidad e imparcialidad, cuya falta de respeto puede llevar al Ministerio Fiscal incluso a actuar delictivamente.

En cualquier caso, tal como ha establecido en Tribunal Constitucional, si bien el Ministerio Fiscal no es un órgano judicial propiamente dicho, tampoco es un órgano administrativo, no está al servicio del poder ejecutivo, ni es en modo alguno su agente.²³ Sí forma parte, sin embargo, del Poder Judicial con autonomía funcional.²⁴

Pues bien, partiendo de estos presupuestos, junto al Fiscal de Sala existe un Fiscal Delegado de Medio Ambiente por provincia, así como un número de Fiscales Especialistas de Medio Ambiente. Hay que señalar al respecto que el número de Fiscales que integran la especialidad ha ido ascendiendo paulatinamente hasta los 137 Fiscales Delegados y especialistas,²⁵ número que ha ido en aumento de año en año.

23 Sentencia 7/1981, de 14 de abril.

24 Artículo 2.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

25 Memoria de la Fiscalía Coordinadora correspondiente al año 2012.

Dicho esto, la relación del Fiscal de Sala con los Fiscales Delegados y Especialistas es de carácter funcional, que no orgánico. Es decir, para todos aquellos temas en los que se precisa llevar a cabo esa política criminal, la dependencia de los Fiscales Delegados y Especialistas es con el Fiscal de Sala. Sin embargo, cuando se trata de aspectos que tienen que ver con la organización interna específica de la Fiscalía a la que pertenecen -por ejemplo, vacaciones, sustituciones, servicios de guardia, etc.-, en ese caso la dependencia es de su Fiscal jefe directo, en el esquema territorial al que nos hemos referido.

En línea con lo acabado de señalar, el artículo 20.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, después de expresar, en su apartado primero, que el Fiscal de Sala de Medio Ambiente tiene el carácter de Delegado del Fiscal General del Estado, procede a estructurar esa figura y a enumerar sus funciones. Hay que señalar que la lista de funciones de las que es competente el Fiscal de Sala se pueden reconducir a dos, principalmente, que son la coordinación, por una parte, y las funciones de investigación propiamente dichas, por otra.

A su vez, dentro de la labor de coordinación, y en el contexto que ahora nos interesa, cabría distinguir dos diferentes instrumentos para conseguir la necesaria coordinación que son la unificación de criterios y la supervisión.

La unificación de criterios en el Ministerio Fiscal se ha venido formando tradicionalmente a través de las Circulares, Instrucciones y Consultas u Órdenes del Fiscal General del Estado.²⁶ Para la supervisión, el Fiscal de Sala podrá recurrir, con tal fin, a la remisión de oficios, convocatoria de reuniones, o incluso la realización de visitas por parte del propio Fiscal de Sala Delegado de Medio Ambiente o sus Fiscales Adscritos a las secciones de medio ambiente de las Fiscalías en las que resultare oportuno, con el objeto de recabar la correspondiente información, cumpliendo con ello el citado cometido supervisor.

Finalmente, junto a la coordinación, en sus diferentes supuestos u opciones, el artículo 20.2 del Estatuto del Ministerio Fiscal atribuye al Fiscal de Sala de Medio Ambiente la posibilidad de practicar diligencias, de iniciar procesos de investigación y, también, de ejercitar la acción pública, tal como se expresa en la redacción del artículo 20.2²⁷ del Estatuto.

26 Instrucción 11/2005.

27 Así se desprende del artículo 20.2, anteriormente citado, en su apartado a) al señalar que el Fiscal de Sala Delegado de Medio Ambiente podrá: "Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 del Estatuto Orgánico del ministerio Fiscal, e intervenir directamente o a través de las instrucciones impartidas a los delegados, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos y los incendios forestales."

Por lo demás, la Disposición Adicional Octava de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental legitima al Ministerio Fiscal para intervenir en cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación de la citada norma. En línea con lo dicho, el apartado segundo de la citada Disposición Adicional Octava establece que *“Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas oportunas para que sus autoridades y el personal a su servicio presten al Ministerio Fiscal el auxilio técnico, material o de cualquier otra naturaleza que éste pueda requerir para el ejercicio de sus funciones en los procesos contencioso-administrativos a los que se refiere el apartado anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 4, apartado 3, de la Ley Orgánica 5/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.”*

V. Incidencia de la Corrupción en Temas de Medio Ambiente

Con frecuencia aparecen supuestos de delitos de medio ambiente que constituyen también casos de corrupción. De hecho, algunos casos de corrupción, a los que se ha hecho referencia con anterioridad fueron determinantes para la creación de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo.

Tal como se ha puesto previamente de manifiesto junto a la Fiscalía de Medio Ambiente existe también una Fiscalía Anticorrupción. Pues bien, como pueden suscitarse coincidencias competenciales y, en consecuencia, solapamientos, entre ambas Fiscalías, la Fiscalía General del Estado decidió buscar soluciones y opciones preventivas como mejor manera de afrontar la problemática expresada. A tal efecto, la Instrucción 4/2006, reguladora de la organización y atribuciones de la primera de la Fiscalías Anticorrupción,²⁸ vino a establecer los requisitos determinantes de su competencia. Tales requisitos son los siguientes:

- la existencia de un supuesto de delincuencia organizada;
- la existencia de un alto cargo, cuando se trate de delitos cuyo sujeto activo haya de ser funcionario, y
- que se trate de un supuesto de especial trascendencia.²⁹

Todo lo cual implica que, por exclusión, el resto de supuestos que tengan que ver con el urbanismo y la ordenación del territorio delictivos, serán competencia de la Fiscalía de Medio Ambiente, aunque tuvieran alguna forma o actividad de las consideradas como corrupción.

²⁸ Instrucción 4/2006, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada.

²⁹ Página 18 y ss. de la Instrucción 4/2006.

Huelga señalar que, como consecuencia de esa forma de distribución competencial, aproximadamente el 90 por cien de los supuestos de corrupción en temas ambientales son competencia de la Fiscalía de Medio Ambiente y el resto de la Fiscalía Anticorrupción.

VI. Resultados Obtenidos

Pues bien, al margen de lo eficaces que puedan ser los criterios organizativos o de lo bien diseñada que esté una institución, lo que finalmente interesa son los resultados obtenidos. Si en última instancia los resultados no acompañan a la organización o al diseño, es evidente que hay algo que no funciona. En el caso de la Fiscalía de Medio Ambiente, según se concreta en la Memoria correspondiente al año 2013,³⁰ los resultados, de alguna forma extractados ante la limitación de espacio a la que obliga trabajos como el presente,³¹ son los que ahora se exponen:

“En el año 2013 se dictaron un total de 882 sentencias condenatorias desglosadas como sigue: 38 lo fueron por delitos contra el Medio Ambiente, 501 por Ordenación del Territorio y Urbanismo, 13 por delitos contra el Patrimonio Histórico, 145 por delitos contra la Flora y Fauna, 117 por Incendio Forestal y 60 por Malos Tratos a Animales Domésticos. Por su parte el Tribunal Supremo dictó un total de 8 sentencias condenatorias 3 corresponden a Delitos Medioambientales, 3 contra la Ordenación del Territorio y 2 por Incendio Forestal.”³²

Pues bien, en la propia Memoria se pone de manifiesto que destaca el incremento de las sentencias condenatorias dictadas durante 2013 en casi todos los apartados frente al año 2012, en el que de un total de 799 de las que 39 lo fueron en Medio Ambiente, 467 relativas a la Ordenación del Territorio y Urbanismo, 16 a Patrimonio Histórico, 119 a Flora y Fauna, 115 a Incendios Forestales y 32 a Malos Tratos a Animales Domésticos. Por su parte el Tribunal Supremo dictó a lo largo del año 2012 un total de 11 sentencias condenatorias de las que 5 lo fueron por delito contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, 5 por delito contra la Ordenación del Territorio y Urbanismo y 1 por Incendio Forestal.

Tras poner de manifiesto la evolución que se produce en el año 2013 respecto al 2012, hay que añadir que todos esos datos contrastan con las cifras proporcionadas sobre el año 2006, muy inferiores, que es el año que la Fiscalía Coordinadora inició su andadura e hizo públicas sus

30 En el momento de preparar estas líneas, la Memoria en cuestión no se ha publicado todavía.

31 La totalidad de los datos estadísticos elaborados y presentados por la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo están disponibles en la sección de especialidades de la página fiscal.es.

32 Memoria de la Fiscalía General del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 2014. Págs. 378-379.

primeras estadísticas sobre hechos delictivos ambientales. Según estos datos:

“En el año 2006 se tiene constancia de 295 sentencias condenatorias en la materia (sin datos de Guadalajara, Baleares, Toledo y Lleida), de las que 141 lo fueron por delitos sobre ordenación del territorio y urbanismo. A este número de sentencias había que añadir las 7 sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Supremo en medio ambiente, de las que 2 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio”.³³

33 Memoria de la Fiscalía General del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 2007. Pág. 588.

“Environmental Justice: Concepts and Jurisprudence”

Kathie Stein. Member of Environmental Appeals Board. USA

Perspectives on Environmental Justice

- Over 100 nations recognize the right to a healthy environment in their constitutions, dozens more through passage of a national law.
- U.S. does not have a constitutional provision, but has been a leader in providing public access to relevant information and an opportunity to participate in administrative decisions.

Developing an Environmental Justice Framework in the United States

- **Administrative Procedure Act (1946):** public information and participation provisions for federal executive agencies.
- **Freedom of Information Act (1966):** any person has the right of access to federal agency records or information upon written request.
- **Executive Order 12898 (1994):** directs federal agencies to develop environmental justice strategies to help address “disproportionately high and adverse human health or environmental effects of their programs, policies, and activities on minority populations and low-income populations”.

Environmental Justice at the U.S. EPA

- **U.S. EPA defines environmental justice as** “the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies”.
- Fair treatment means that no group of people should bear a disproportionate share of the negative environmental consequences resulting from industrial, governmental and commercial operations or policies.
- Meaningful involvement means:
 - opportunity to participate in decisions about activities that may affect environment and/or health;
 - the public’s contribution can influence the agency’s decision;
 - public’s concerns will be considered in the decision making process;

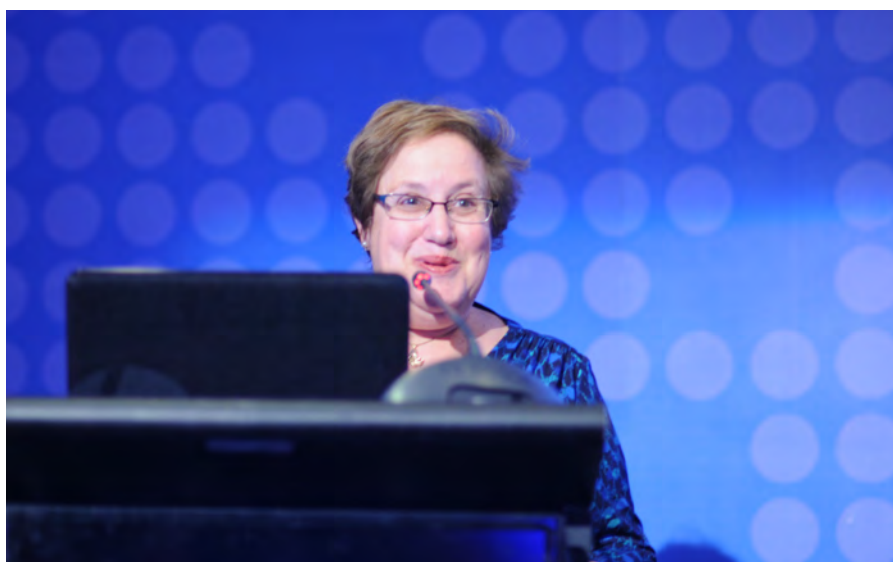
- decision makers seek out and facilitate involvement of those potentially affected.

Environmental Justice Concerns

- Possible disparate levels of protection based on economic class, race, or other demographic factors.
- Disparate protection may be due to different susceptibility or different exposure.
- Susceptibility – some subpopulations have a higher dose-response susceptibility to environmental contaminants than the general public.
 - Children and the elderly
 - Those who suffer from disease (e.g., asthma)
 - Those with inadequate access to healthcare
- Exposure – may be increased due to poverty
 - Impacts where one lives, where kids go to school, where housing is economically accessible, etc.

Where is EPA headed with Environmental Justice policy?

- Twenty years since the enactment of Executive Order 12898.
- **Plan EJ 2014:** Comprehensive framework for advancing EPA's environmental justice priorities that seeks to integrate EJ considerations into the Agency's core business and operating functions.
- Develop tools related to science, law, information, and resources



Kathie Stein. Member of del Environmental Appeals Board. USA.

Plan EJ 2014: EJ Legal Tools

- Identifies opportunities under EPA's current statutory authorities to advance environmental justice.
- Relevant authorities available in each of the areas of the EPA's programmatic work - air, water, waste, toxics, and more.
- Issued as a public document, available at <http://www.epa.gov/compliance/ej/resources/policy/plan-ej-2014/ej-legal-tools.pdf>

Environmental Justice at the Environmental Appeals Board

- Final EPA decision maker on administrative appeals under all major environmental statutes that EPA administers.
- Experience with environmental justice largely in the context of permit appeals.
- Executive Order cannot be reviewed in federal courts, so the Environmental Appeals Board is final decision maker on EPA's implementation of environmental justice under the Executive Order.
- Considers the extent of public involvement with the decision (procedural) as well as Agency's analysis (substantive) when determining if the Agency complied with the Executive Order.

Example: Shell Gulf of Mexico (2010)

- Air permits for Shell's drilling rig to conduct exploratory drilling for oil in two areas off the coast of Alaska.
- Alaska Native communities reside on the north coast of Alaska and rely on the coastal environment for subsistence hunting and fishing.
- EPA conducted extensive outreach to Alaska Native communities.
- The Board remanded the air permits because EPA did not conduct a substantive environmental justice analysis.
 - EPA's environmental justice analysis also did not explain why it failed to account for a newly issued hourly nitrogen dioxide (NO₂) air quality standard.
 - The Board later upheld EPA's supplemental environmental justice analysis that included and analyzed data germane to the environmental justice issues raised during the comment period.

Example: Avenal Energy Project (2011)

- Air permit for a 600 MW natural gas-fired combined cycle power plant.
- Demographic analysis showed three low-income and minority communities surrounding the proposed facility.
- EPA found no disproportionately high adverse human health or environmental effects for most pollutants and explained why limited available information prevented it from drawing a definitive conclusion regarding short term nitrogen dioxide impacts.
- Board upheld EPA's environmental justice analysis. EPA need not reach a determinative outcome on short term nitrogen dioxide impacts when EPA exercised its considered judgment in conducting the analysis and endeavored to include relevant data.

Example: Energy Answers Arecibo (2014)

- Air permit for a resource recovery facility in Puerto Rico.
- Demographic analysis indicated low-income communities surrounding proposed facility.
- EPA extensively considered environmental justice implications, including the impact of lead emissions from the proposed source and neighboring facilities, and alternatives to the proposed project.
- The Board upheld EPA's conclusion that no disproportionately high or adverse human health or environmental effects would result.
- EPA's environmental justice analysis was comprehensive. The Agency also went above and beyond applicable requirements for public participation to solicit the public's input:
 - Multiple public meetings and hearings.
 - Documents and public gatherings available in English and Spanish.

Goal: everyone enjoys the same degree of protection from environmental and health hazards and equal access to the decision-making process.

“El Acceso a la Justicia Ambiental”

Sergio Muñoz. Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Chile

La democracia solamente es tal si consagra una efectiva participación de la población en las definiciones esenciales de la sociedad y entre ellas se encuentran las relacionadas a materias ambientales. Así, el Estado democrático, constitucional y social de derecho, con todo lo que tal conceptualización importa, se constituye en el modelo ideal de gobierno para alcanzar un desarrollo equilibrado, que compatibilice el crecimiento con la preservación del medio ambiente.

La noción “desarrollo sustentable”, que sobre la base de una responsabilidad social importa asumir un modelo de crecimiento “que satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”³⁴.

La ecuación es directamente proporcional: a mayor **participación**, mayor protección del medio ambiente, consecuentemente se genera mayor prudencia en las actividades humanas, en especial en el uso y explotación de los recursos naturales no renovables, como en los efectos que produce en el ecosistema.

$$(p1 + p2) = +p3$$

En que:

p1: Participación ciudadana

p2: Protección del medioambiente

p3: Prudencia en la actividad humana

Esta mayor participación social impone mayor responsabilidad con el medio ambiente, con el uso de los recursos naturales y frena su explotación indiscriminada, racionalizando la presencia de los intereses particulares respecto de los intereses sociales generales.

Un modelo democrático de desarrollo sustentable requiere compatibilizar el alcance de metas económicas, sociales y culturales, con la preservación y conservación del medio ambiente. Para ello deben crearse instrumentos jurídicos aptos para lograr una protección efectiva del medio ambiente y una infraestructura jurídica que posibilite una defensa de los derechos de las personas relativos al disfrute de un ambiente saludable.

³⁴ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Informe de la Comisión Mundial Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro Futuro Común”*, Madrid – España, Alianza Editorial, 1987.

Posibilita una garantía de protección efectiva del medio ambiente el acceso a la información relevante como la factibilidad de ser ejercitada bajo cualquier circunstancia y sin restricciones. Se justifica así la exigencia de esta doble garantía, que importa el ejercicio informado de las acciones en defensa del medioambiente, como reflejo de una participación efectiva en una sociedad democrática de manera responsable, todo lo cual requiere de un ordenamiento jurídico que contemple en sus cuerpos normativos los mecanismos que permitan accionar, regulando los procedimientos de una forma breve y sencilla, con amplia legitimación activa.

Se sostiene lo anterior tanto en la responsabilidad estatal en la materia, como en el hecho que corresponde concretar la función de protección de los intereses sociales relevantes, entre ellos mediante el establecimiento de controles administrativos y jurisdiccionales, puesto que “la protección ambiental y el desarrollo sustentable no pueden dejarse sólo a los gobiernos, sino que requieren y se benefician de las nociones de participación cívica en los asuntos públicos ya reflejados en los derechos civiles y políticos existentes. En su sentido más amplio, puede ser representado como la aplicación a asuntos ambientales de argumentos para la gobernabilidad democrática como un derecho humano. En su sentido más estricto, es un argumento para mejorar la calidad del gobierno y para promover la responsabilidad ambiental de parte del público.”³⁵



Sergio Muñoz.
Presidente de la Corte
Suprema de Justicia. Chile

³⁵ Boyle, A., “Los Derechos Ambientales y el Derecho Internacional”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 37, No. 147 (2004): Octubre – Diciembre, pp. 18 y 19.

Se concluye que “los gobiernos que operan abiertamente, con responsabilidad y participación cívica, tienen muchas más probabilidades de promover la justicia ambiental, de equilibrar las necesidades de las generaciones presentes y futuras en la protección del ambiente, de integrar consideraciones ambientales en decisiones gubernamentales y de implementar y fiscalizar las normas ambientales existentes, que las sociedades cerradas y totalitarias gobernadas de manera rígidamente centralizada.”³⁶

Principios relativos a la transparencia activa y pasiva, la publicidad, rendición de cuenta y probidad, tanto pública como privada, traen como consecuencia la apertura de los antecedentes y la posibilidad de desarrollar un estudio particular y especializado de todos ellos, con lo cual el interés por los temas ambientales se concreta en una mayor participación, que se realiza de manera informada y, de esta forma, se promueve el control social, indispensable en toda sociedad democrática, en que las actividades son analizadas por los actores relevantes. La discusión se produce de cara al pueblo y no a sus espaldas.

La dignidad humana, su respeto y el derecho reconocido por la democracia social de asegurar a las personas las condiciones de vida que permitan su desarrollo armónico y equilibrado, ha dado paso a reconocer el derecho a vivir en un ambiente saludable, que sin duda importa su protección, pero fundamentalmente lleva al uso racional y ecológico de la propiedad, especialmente de la tierra y los medios de producción, sin dejar de lado todos los que emplea diariamente la población en su vida cotidiana.

El aumento de los problemas de contaminación a escala mundial ha acelerado la evolución de este derecho, sobre todo al nivel del Derecho Internacional con respecto del Derecho Interno de los Estados, el cual a través de recomendaciones, declaraciones, conferencias y tratados, ha regulado la protección de la naturaleza, de modo tal que estas normas, “por la fuerza de las cosas, han ido alcanzando carácter obligatorio al ser aceptados por los Estados y transformados en derecho interno”³⁷.

Hay un aspecto que intranquiliza: La evolución del derecho a vivir en un medioambiente saludable, libre de contaminación y al uso racional de los recursos naturales, ha sido observado por sus negativos efectos a nivel mundial, más que a nivel local, no obstante que el primero es la suma de los segundos.

36 Boyle, A., “Los Derechos Ambientales y el Derechos Internacional”, *op. cit.*, p. 19.

37 Herrero De La Fuente, A., *El Derecho a la Protección del Medio Ambiente. A Propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [en línea], Contribución Registrada en el Marco del “Debate Público sobre el Futuro de Europa”*. Issue 16, www.europa.eu.int

Los países individualmente han sido incapaces de controlar el uso económico desmedido de los recursos naturales. Como consecuencia, los sistemas jurídicos internos de los estados no son totalmente eficaces a la hora de entregar una respuesta global para el país y para el mundo, en orden a obtener un crecimiento sustentable, como también al establecimiento de la protección efectiva de los derechos que los mismos estados declaran sin mayores problemas.

No es posible ignorar que las mayores acciones de contaminación emanan, a nivel mundial, de los países más industrializados y con mayor producción. Diagnóstico que se replica a nivel local, pero asociado a los centros urbanos igualmente con más industrias y con mayor presencia en la elaboración de bienes de consumo.

Surge así, de manera inmediata, más que la función, el deber, la exigencia y el imperativo de coordinar los esfuerzos en todas las áreas que importa la preservación del medioambiente para evitar males mayores; coordinación en la que ciertamente se integran las medidas de control, pero especialmente las de ejecución de los compromisos adquiridos internacionalmente, como, de la misma forma, la fiscalización destinada a obtener la vigencia efectiva de la normativa interna de los estados.

Durante los últimos cuarenta años el derecho a la protección del medio ambiente, que importa el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente saludable y equilibrado, se ha ido reconociendo por los Estados y la Comunidad Internacional, a tal grado, que hoy se le ha consagrado dentro de los derechos fundamentales del ser humano.

Un fuerte proceso de “constitucionalización” del derecho a la protección ambiental se ha ido gestando dentro del seno de países democráticos y se ha destacado por los organismos internacionales, elevándose su carácter a rangos de importancia insospechados. Es más, al decir de un reconocido autor “existe una tendencia mundial a reconocer el derecho fundamental de los seres humanos a un medio ambiente adecuado”³⁸.

Así como el concepto clásico de democracia reconoció la existencia de los derechos civiles y políticos, denominados derechos de primera generación, y el advenimiento del Estado Social de Derecho consagró los derechos económicos, sociales y culturales del ser humano o derechos de segunda generación. El desarrollo actual de los sistemas jurídicos ha dado paso al reconocimiento de los derechos de la solidaridad, o dere-

38 Brañes Ballesteros, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Ciudad de México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, p. 96, 1994.

chos de tercera generación, que no revisten ya el carácter de derechos individuales de las personas, sino de derechos que comprenden a la comunidad toda. Dentro de estos derechos colectivos de la sociedad, denominados por algunos “derechos de los pueblos”, se incluyen, entre otros, el derecho a la paz, al desarrollo y a la protección y no contaminación del medio ambiente.

Un sector de la doctrina especializada en derechos humanos valora positivamente estos derechos de tercera generación, puesto que sostienen: “ellos devalúan el concepto de los derechos humanos, y desvían totalmente la atención de la necesidad de implementar completamente los derechos civiles, políticos, económicos y sociales existentes. Otros los ven casi enteramente despojados de utilidad”³⁹.

No obstante ello, es prácticamente la totalidad de la doctrina la que sostiene que el derecho a la protección del medio ambiente posee un fuerte vínculo con los derechos humanos, sea en virtud a su conformación como un derecho fundamental de tercera generación, o en virtud a su propio contenido, cuyos rasgos esenciales se encuentran intrínsecamente conectados con la teoría de los derechos humanos. Aspectos sustanciales, formales y procesales confluyen en dar importancia y valorar dicha garantía.

De este modo es posible sostener que el derecho a la protección del medio ambiente comparte caracteres con cada una de las “generaciones” de derechos humanos. Tal como los derechos civiles y políticos (primera generación), los derechos ambientales reconocen la facultad de las personas y ONGs de participar en la toma de decisiones de la administración, para lo cual se requiere tener efectivamente acceso a la información, a recursos jurisdiccionales y a procesos políticos y, por otra parte, existe la obligación de la Administración de cumplir con las normas mínimas de protección del derecho a la vida y a la salud de las personas, asegurando un ambiente saludable y garantizando el disfrute pleno del derecho de propiedad, protegiéndolo de todo daño ambiental.

Tal como los derechos económicos y sociales (segunda generación de derechos fundamentales), el derecho a la protección ambiental requiere para su ejercicio, que se incentiven e implementen planes y políticas que creen condiciones de vida que permitan a las personas, en su concepción individual y colectiva (ONGs), a desarrollarse equilibrada y equitativamente, disfrutando de un ambiente saludable o viable como un derecho económico o social, comparable a aquellos ya protegidos en el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. “El princi-

39

Boyle, A., “Los Derechos Ambientales y el Derechos Internacional”, *op. cit.*, p. 6.

pal argumento para este enfoque es que daría a la calidad ambiental un estatus comparable a otros derechos económicos y sociales, con prioridad sobre los objetivos no basados en los derechos”.⁴⁰

En cuanto a reconocer este derecho como un derecho de tercera generación o de la solidaridad, deriva de los caracteres propios del derecho ambiental, que dice relación con intereses de naturaleza colectiva, para lo cual requiere de la cooperación de los gobiernos y organizaciones internacionales para entregar los recursos, habilidades y tecnología necesaria con el fin de lograr la realización de los objetivos ambientales.

El elemento esencial para encontrarnos frente a un derecho autónomo de la persona a la protección del medio ambiente, es el reconocimiento jurídico por parte de la Administración, de la necesidad de fijar estándares de calidad ambiental que sean susceptibles de ser reclamados por las personas, los que no pueden ser realizados sin la acción gubernamental para proteger el medio ambiente. Por ello se requiere que el Estado reconozca “el carácter vital del ambiente como una condición básica de la vida, indispensable para la promoción de la dignidad y el bienestar humano, y para el cumplimiento de otros derechos humanos”⁴¹.

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

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

40 Boyle, A., “Los Derechos Ambientales y el Derechos Internacional”, *op. cit.*, p. 6.

41 Boyle, A., “Los Derechos Ambientales y el Derechos Internacional”, *op. cit.*, p. 10.

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

- a) el derecho de acceso a la información ambiental relevante,
- b) el derecho de participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales de la Administración, y
- c) el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental.

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

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

El derecho de acceso a la justicia ambiental, como derecho procedimental⁴² que concreta el derecho a vivir en un ambiente sano, constituye uno de los mecanismos a través del cual los ciudadanos participan en el control del cumplimiento de las normas ambientales.

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

En tal sentido, resulta interesante observar la conceptualización del jurista Brañes Ballesteros, en tanto entiende el derecho de acceso a la justicia ambiental como “la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”⁴³.

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

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

Desde la década pasada, cierto sector de la doctrina⁴⁴ comenzó a indagar, de manera más acuciosa, el tema de la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental en Chile, siguiendo los lineamientos establecidos por el Derecho internacional y comparado.

Sin desconocer el importante desarrollo del derecho del entorno, del ecosistema y del medio ambiente en nuestro país desde la década de los años 70', como la aprobación de la institucionalidad ambiental por la Ley N° 19.300, tales avances fueron paulatinos; panorama que se mantuvo prácticamente intacto hasta el año 2012, cuando se publicó la Ley 20.600/2012, de 28 de junio, que crea los Tribunales Ambientales. Esta norma vino a implementar un cambio en el desarrollo del derecho de acceso a la justicia en materia ambiental permitiendo analizarlo desde un punto de vista distinto, abriendo, en consecuencia, una nueva etapa para este pilar de acceso en el ordenamiento jurídico, en el cual se tie-

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

44 Durante el año 2004, un grupo de juristas adscritos al Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile realizó el primer proyecto piloto destinado a determinar la situación del acceso a la justicia ambiental en Chile, mediante la aplicación de una metodología establecida por la organización “The Access Initiative” Véase: The Access Initiative. (2012, 20 de abril). Sobre TAI. Recuperado el 20 de abril de 2012 de <<http://www.accessinitiative.org/poverty/node/323>>.

nen puestas las esperanzas de una evolución que recoja con prontitud los nuevos estándares en la materia.

Durante los últimos años, el Derecho Ambiental de nuestro país ha experimentado un desarrollo a pasos agigantados, especialmente luego que la sociedad se organizara para requerir la aplicación de la legislación vigente, reclamando sus derechos ante los tribunales, a lo que se sumó el ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), asumiendo los desafíos que de ello se derivaron.

Es en ese contexto donde se establece una nueva institucionalidad ambiental en el país, concretada en primer término por la Ley 20.417/2010 de 26 de enero, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, y en segundo término por la Ley 20.600/2012 de 28 de junio, que crea los Tribunales Ambientales.

A pesar que son muchas las aristas posibles de analizar respecto a la creación de este nuevo ente jurisdiccional, a lo que se nos convoca en esta ocasión es a reflexionar acerca de las implicaciones que se generan respecto al derecho de acceso a la justicia ambiental en nuestro país. Fenómeno que observaré desde una óptica procesal, por cuanto en lo relativo a la substancial unidad de la jurisdicción se ha dejado en evidencia un ideario de parte del legislador, el cual no comparto.

1. Desarrollo y aplicación de la normativa ambiental mediante la Ley N° 20.600

La prevención anterior no impide reconocer, pues resulta indiscutible, el esfuerzo que ha realizado el legislador a lo largo de estos últimos años destinado al desarrollo de la normativa ambiental chilena, empeño que es especialmente constatable por la implementación de una nueva institucionalidad ambiental, a través de la dictación de las normas a que hemos estado haciendo mención.

El legislador ambiental, conociendo las deficiencias existentes en el sistema legal, respecto a la aplicación efectiva de la normativa atingente, ha pretendido corregirlas. Por ello ha considerado al cumplimiento de la regulación ambiental “como un importante fundamento del Estado de Derecho, la buena gobernanza y el Desarrollo Sostenible”⁴⁵, que propenda equilibradamente a “la certeza jurídica para la inversión, la protección del medio ambiente y el acceso a la justicia ambiental”⁴⁶.

⁴⁵ Véase el Mensaje N° 1419-357 de S. E., La Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental, de 28 de octubre de 2009.

⁴⁶ *Ibíd.*

2. Autoridades que conocen los asuntos ambientales en la Ley N°20.600

Hasta la dictación de la Ley N° 20.600 no existían en Chile órganos jurisdiccionales especializados que conocieran de los asuntos suscitados en la esfera medioambiental. Las Cortes de Apelaciones respectivas se transformaron en el tribunal competente para conocer, en primera instancia, de las acciones de protección ambiental y en los tribunales ordinarios civiles se radica la competencia para conocer de las acciones indemnizatoria ordinaria y de daño ambiental.

La nueva ideología del legislador, estableciendo órganos jurisdiccionales especializados en materia ambiental, se ha sido implementando a través de la gradual entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales, cuya función, en general, consiste en “resolver las controversias medio ambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento”⁴⁷.

Para el legislador se justificó la existencia de tres tribunales distribuidos de forma equidistantes a lo largo del país, asumiendo “un cierto compromiso de que dependiendo de cómo éstos funcionen se podría ir sumando uno por región”⁴⁸. La suficiencia o no de la cantidad de Tribunales ambientales que ha establecido la ley solamente podrá ser verificada una vez transcurrido un plazo prudencial contado desde la su instauración y funcionamiento.

3. Mecanismos de resolución de conflictos ambientales establecidos en la Ley N°20.600

Resulta interesante destacar que en el Mensaje por el cual se dio inicio al proyecto de Ley, se consideró al Tribunal Ambiental como “un organismo jurisdiccional de carácter exclusivo para cuestiones ambientales”⁴⁹, pretensión que, acto seguido, flexibiliza al establecer que sus competencias están asociadas integralmente a la regulación ambiental, refiriéndose específicamente a “todas las atribuciones contenciosas administrativas de la ley N° 19.300”⁵⁰.

El Título II de la Ley 20.600/2012 contempla las normas referentes a la competencia de los Tribunales Ambientales. Dispone expresamente,

47 Véase el artículo 1° de la Ley 20.600/2012 de 28 de junio, que crea los tribunales ambientales.

48 Véase la opinión del jurista CORDERO VEGA en: El MERCURIO LEGAL, (2011, 27 de noviembre). Tribunales Ambientales: la pieza faltante de la institucionalidad ecológica. Recuperado el 18 de abril de 2012 de <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2011/11/27/Tribunales-Ambientales-la-pieza-faltante-de-la-institucionalidad-ecologica.aspx>>.

49 Véase el Mensaje N° 1419-357. *op. cit.*

50 *Ibid.*

el artículo 17, la enumeración de las competencias, la mayoría de las cuales guardan relación con el conocimiento de reclamaciones que se interpongan en contra de actos administrativos de carácter ambiental⁵¹, perfilándose, por tanto, como un tribunal de lo contencioso administrativo ambiental. Hace excepción a tal situación, la atribución establecida en el número 4 del artículo señalado, referente al conocimiento de ciertas solicitudes referentes a medidas provisionales, suspensiones y aplicación de ciertas sanciones y la atribución establecida en el número 2 del mismo artículo, por cuanto se le otorga también competencia para conocer de las demandas destinadas a obtener la reparación del medio ambiente dañado. En este último caso, hay una transferencia expresa a estos Tribunales Ambientales, de la competencia que antes se encontraba radicada en los juzgados de letras en lo civil⁵².

En último término, se puede observar que, en ningún caso, la normativa actual otorga a esta nueva institución la exclusividad en el conocimiento de cuestiones ambientales, toda vez que deja al margen de su conocimiento competencias relativas al ámbito ambiental sectorial específico, como es el caso del recurso hídrico, del ámbito de la biodiversidad, del ámbito forestal, de pesca, entre otros⁵³. En el proyecto en actual tramitación se corrige lo anterior en cuanto a la biodiversidad.

La Ley 20.600/2012, además de determinar la competencia especial de los Tribunales Ambientales, establece, en su Título III, los procedimientos a través de los cuales los jueces habrán de ejercer estas atribuciones.

Se dispone en el Párrafo 2º el procedimiento de las reclamaciones;

En el Párrafo 3º el procedimiento de las solicitudes, y

En el Párrafo 4º el procedimiento por daño ambiental.

Asimismo, en el Párrafo 1º del Título referido, la Ley contempla las disposiciones comunes a estos tres procedimientos señalados, y en su Párrafo Final hace referencia a la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental, el órgano jurisdiccional competente para su conocimiento y su procedimiento específico.

Ahora bien, si nos atenemos únicamente a lo que dispone la Ley, teóricamente resulta posible realizar cierto pronóstico acerca de la idoneidad

51 Se trata de reclamaciones principalmente referentes a los actos regulatorios, calificaciones ambientales expedidas en segunda instancia administrativa, invalidaciones y revisiones de resoluciones de calificación ambiental, y sanciones aplicadas por la Superintendencia de Medio Ambiente. Cfr: GUZMÁN ROSEN, R., *Derecho Ambiental Chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, Planeta Sostenible, Santiago de Chile, 2012, p. 240.

52 Véase la nota al pie 39 *supra*.

53 Tal como sucede respecto al conocimiento de las infracciones a la Ley 20.283/2008 de 30 de julio, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, que son y seguirán siendo de competencia del Juez de Policía Local, conforme lo dispone su artículo 45.

del mecanismo de resolución establecido en cada uno de los procedimientos contemplados, tomando como indicadores aquellos principios formativos del procedimiento que sugieren un avance en términos de acceso a la justicia ambiental.

Se establece, mediante el artículo 21 de la Ley 20.600/2012,⁵⁴ que regirá en los procedimientos que ella contempla el principio de oficialidad. Si bien es cierto que, tanto el procedimiento referente a las reclamaciones como el que dice relación con el daño ambiental se inician a instancia de parte, conforme lo disponen los artículos 27 y 33 de la Ley 20.600/2012, ello no obsta a que sea el propio Tribunal el encargado de realizar todas las actuaciones pertinentes con el objeto de hacer avanzar el procedimiento, independientemente de previa solicitud de parte. La ecuación está dada por el inicio del procedimiento a instancia de parte, y la tramitación del mismo a instancia del tribunal.

El mismo artículo 21 de la norma en comento, contempla también el principio de publicidad. Un procedimiento público permite el amplio conocimiento de la causa por parte de la sociedad favoreciendo, eventualmente, su participación, sea como tercero, sea mediante la aportación de informes en calidad de *amicus curiae*, proporcionando así, una resolución más completa.

Durante la tramitación del proyecto de ley por el cual se crean los Tribunales Ambientales, desde la sociedad civil, a través de determinadas ONG, se abogaba por un sistema que contemplase un procedimiento oral⁵⁵, dado que a través de la oralidad tienen total cabida los principios de inmediatez, se propende a la concentración y a la economía procesal.

Esta recomendación, sin embargo, terminó no adoptándose, rigiendo mayormente la escrituración en los procedimientos de reclamo, de solicitudes y de daño ambiental, con algunos atisbos de oralidad⁵⁶, como

54 Artículo 21 de la Ley 20.600/2012 de 28 de junio, que crea los Tribunales Ambientales: "Publicidad del procedimiento y representación de las partes. El procedimiento será público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva. Las partes deberán actuar representadas en la forma prevista en la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio".

55 Ojo Con el parlamento y Chile Sustentable, (2010, 20 agosto). Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales. Minuta de tramitación en el Senado del Congreso Nacional. Recuperado el 11 de abril 2013 de <<http://diariodelderechoambiental.blogoo.com.ar/media/users/8/417260/files/31290/Minuta-Tramitacion-Tribunales-Ambientales-Senado-Agosto-2010.pdf>>.

56 Siguiendo a Montero Aroca y Gómez Redondo: "Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusiones sino de prevalecimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito" en: Montero Aroca, J., (et al),

por ejemplo la audiencia de conciliación, formulación de alegaciones y prueba en el procedimiento por daño ambiental⁵⁷.

4. Legitimación activa ante los Tribunales Ambientales chilenos

El derecho de acción se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Ley 20.600/2012, el que podrá ser ejercido a través de reclamación, de solicitud o de demanda, únicamente por aquellas personas autorizadas para intervenir en el procedimiento, en calidad de parte, conforme la enumeración que dispone la norma referida. Esta enumeración se relaciona con las competencias señaladas en el artículo 17⁵⁸, acotando así los legitimados individuales o colectivamente que pueden acudir al Tribunal por cada una de las competencias establecidas⁵⁹.

Es posible observar que la legitimación activa, en el proyecto original permitía un acceso más generalizado⁶⁰, en cambio, en la normativa actual la legitimación activa se restringe⁶¹ al establecer filtros de acceso para cada una de las competencias de los Tribunales Ambientales. El objetivo perseguido por el legislador para configurar estos filtros, según el académico Julio Lavín, sería el de “prevenir los riesgos de una excesiva judicialización”⁶², no obstante que se debería haber propendido a

Derecho Jurisdiccional. Parte General, Tomo I, Tirant Lo Blanch, 16ª ed., Valencia, 2008, p. 393.

57 Véase los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 20.600/2012 de 28 de junio, que crea los Tribunales Ambientales.

58 Así, por ejemplo, conforme dispone el número 1 del artículo 18, están legitimados para interponer la reclamación del número 1 del artículo 17 (reclamaciones en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión...), cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley N° 19.300 y le causen perjuicio. Conforme el número 2 del artículo 18; están legitimados para interponer la demanda del número 2 del artículo 17 (para obtener la reparación del medio ambiente dañado), las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado (...).

59 Cfr: Olivares Cortés, C., (2010, 15 octubre). “Legitimación activa en los Tribunales Ambientales”. Blog del Centro de Derecho Ambiental. Recuperado el 17 de septiembre 2012 de <<http://www.derecho-ambiental.cl/2010/07/legitimacion-acti-va-en-los-tribunales.html>>.

60 “Estarán legitimados para intervenir ante el tribunal las personas naturales o jurídicas que se encuentren en alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 21 de la Ley N° 19.880”.

61 Conforme el actual texto del artículo 18 de la Ley 20.600/2012, son legitimados activos para comparecer en calidad de partes ante el Tribunal ambiental competente: 1. Cualquier persona que considere que los Decretos Supremos (que establecen normas de calidad ambiental, normas de emisión, zonas latentes o saturadas, y planes de prevención o descontaminación) no se ajustan a la ley y le causan perjuicio; 2. Las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño, las municipalidades y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado, en casos de daño ambiental; 3. Las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por resoluciones de la Superintendencia de medio ambiente; 4. La Superintendencia de Medio Ambiente para solicitar la autorización de medidas provisionales, suspensiones y sanciones; 5. Las personas naturales o jurídicas que presenten reclamaciones en contra de resoluciones del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, cuando consideren que sus observaciones no hubieren sido apreciadas en el procedimiento de evaluación ambiental; 6. Cualquier persona que considere que los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación, infrinjan la ley, las normas y/o los objetivos de los instrumentos señalados; 7. Las personas que hayan solicitado la invalidación administrativa de un acto administrativo de carácter ambiental o las personas afectadas por las resoluciones que resuelvan dichos procedimientos de invalidación.

62 Programa de Derecho y Política Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. (2010, 27 septiembre). Comentarios acerca del proyecto de ley que crea los tribunales ambientales (Boletín N° 6747-12). Recuperado el 30 de abril 2012 de <www.derechoambiental.udp.cl/?p=1059>.

esa finalidad, puesto que es la forma en que corresponde participar en un estado democrático. Se cierra, de esta forma, el acceso a la justicia a un conjunto de interesados.

Desde las Organizaciones No Gubernamentales ha habido cierta crítica a este respecto⁶³, considerando que en ninguna de las etapas de la tramitación de la norma y, finalmente, tampoco en su redacción final, se contempló de manera expresa la participación de la ONG de carácter ambiental, como ente legitimado para comparecer ante los Tribunales Ambientales.

La consecuencia es muy relevante, puesto que se pretendía que la discusión se produjera ante la justicia especializada, sin embargo, se mantiene aplicable la acción constitucional de protección, la que sigue siendo ejercida por las ONG directamente o en representación de los afectados, a lo cual se suma mayor rapidez.

Pudo llegarse a una solución intermedia mediante una legitimación activa más amplia, al menos en lo que a acción ambiental se refiere, contemplado expresamente la participación de las ONG como legitimadas en defensa del interés difuso. No obstante, no se insistió con una especie de acción popular, entendiéndose que con ello se produciría “un interminable peregrinar de demandas particulares con un serio peligro para la seguridad jurídica”⁶⁴.

El Derecho Administrativo ofrece diferentes soluciones para este tema⁶⁵, el que se radica fundamentalmente en las acciones de interés, restringida únicamente a las ONG de carácter ambiental, permanentes y con presencia territorial en el lugar afectado, tal como la que se establece en el ordenamiento jurídico español⁶⁶, que para evitar cuestiones de excesiva judicialización ha establecido una serie de requisitos destinados a filtrar la participación de estas entidades. Tales requisitos son:

- a) Tener entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o en alguno de sus elementos en particular;

63 Ojo Con el parlamento y Chile Sustentable, (2010, 20 agosto). Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales. Minuta de tramitación en el Senado del Congreso Nacional. op. cit.

64 Bordalí Salamanca, A., “Titularidad y legitimación activa sobre el ambiente en el derecho chileno”, op. cit. p. 57, quien se ha mostrado a favor de la implementación de la acción popular.

65 Ver reclamo de legalidad municipal.

66 Para ahondar en este tema véase: Ruiz de Apodaca Espinosa, A., “La acción pública ambiental: una necesidad satisfecha parcialmente por la Ley 27/2006, de 18 de julio”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 11, 2007.

b) Estar constituida legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y venir ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para el cumplimiento de los fines que establece su estatuto;

c) Desarrollar su actividad en el ámbito territorial que resulte afectado por la acción u omisión administrativa que vaya a ser objeto de impugnación⁶⁷.

No obstante lo anterior y aun cuando estas organizaciones no puedan involucrarse en el proceso en calidad de parte, salvo que se encuentren en uno de los casos que contempla la enumeración del artículo 18 de la Ley 20.600/2012, sí lo podrán hacer en calidad de *“amicus curiae”*.

El artículo 19 de la Ley 20.600/2012 dispone que son *amicus curiae* “cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público”. Tales personas, pueden presentar sus comentarios, observaciones o sugerencias durante la tramitación de una causa, la que, sin tener efecto vinculante, deberá ser considerada en la sentencia definitiva.

Sobre la base de lo anterior, si bien la Ley 20.600/2012, terminó por restringir la legitimación activa respecto de lo que se establecía en el proyecto inicial, el esfuerzo por parte de los legisladores en incorporar la figura del *amicus curiae* favorece la participación de ONG ambientales en los juicios que versen sobre asuntos ambientales.

En definitiva, a través del establecimiento de la figura del *amicus curiae*, no solo se fortalece indirectamente la legitimación activa, sino que propende al desarrollo normativo ambiental de una forma democrática, porque es la primera vez que se incorpora esta figura en la legislación chilena mediante la aceptación de observaciones que se realizaron desde la sociedad civil, durante la tramitación del proyecto.

5. Condiciones de igualdad en el acceso a la justicia ambiental en la Ley 20.600/2012

Hemos podido apreciar que la implementación del derecho de acceso a la justicia está también condicionada a la capacidad económica de los sujetos involucrados para poder ejercer la acción. Conforme a esta afir-

⁶⁷ Véase el artículo 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

mación, durante la tramitación del proyecto de ley por el cual se crearon los Tribunales Ambientales, las organizaciones ciudadanas presentaron una propuesta que pretendía establecer un fondo público para financiar la participación de los sectores de menores ingresos en las causas.

Esta propuesta, finalmente, no fue acogida y tampoco se estableció otra alternativa, manteniéndose, en consecuencia, las fórmulas generales: el privilegio de pobreza y la defensa a través de la Corporación de Asistencia Judicial, que no son los mecanismos más idóneos para intentar igualar las posiciones de las partes ante un conflicto de naturaleza ambiental.

No obstante lo anterior, la Ley 20.600/2012 dispone una novedad en este sentido: los honorarios y gastos derivados de la intervención de los peritos en los procedimientos por daño ambiental, en virtud de la cual el Tribunal, de manera excepcional, podrá eximir a la parte, total o parcialmente del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo. Este costo será de cargo del Estado⁶⁸.

A la postre, la evolución del derecho de acceso en este sentido, no puede entenderse satisfecha en tanto no resuelve el tema de equidad de las partes en los procedimientos ambientales, advirtiendo que aún quedan tareas pendientes por cumplir.

6. Reflexiones Finales

La Ley 20.600/2012, que crea los Tribunales Ambientales, vino a incorporarse al conjunto de disposiciones ya existentes, cifrando esperanzas de un cambio, como se ha dicho, en recoger en mayor medida los postulados a que se ha hecho referencia en esta exposición.

No ha de perderse de vista, que en el ejercicio de las competencias jurisdiccionales propias de los Tribunales Ambientales, como los tribunales de la jurisdicción ordinaria, entre ellos la Corte Suprema, la normativa que implementa la nueva institucionalidad ambiental, a la que hemos hecho referencia, ha de ser siempre aplicada e interpretada conforme a los principios generales del Derecho y especiales del Derecho internacional del medio ambiente, entendiendo que "...cuando decimos que un principio en particular es un principio de nuestro derecho, es que el principio es de aquellos que deben ser tenidos en cuenta, esto es, como una consideración que inclina (la decisión) en un sentido o en otro. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen – la dimensión del peso o importancia.

68

Véase el artículo 42.3 de la Ley 20.600/2012 de 28 de junio, que crea los Tribunales Ambientales.

Cuando los principios se consideran (...) quien resolver el conflicto debe tomar en consideración el peso relativo de éstos”⁶⁹.

A este respecto⁷⁰, la Corte Suprema da cuenta de la modelación de principios orientadores e interpretativos que se han desarrollado, fundamentalmente, en el proceso de construcción del Derecho Ambiental. Reconocidos éstos por los operadores jurídicos, han ido cumpliendo una función de interpretación, aplicación, integración, innovación y contención de las normas.

Específicamente, en lo que respecta al principio de precaución o de acción precautoria que ha venido a reforzar el tradicional principio de prevención, que en lo medular consiste en la inadmisibilidad del argumento de falta de certeza científica absoluta para postergar la adopción de medidas eficaces, en los casos en que se enfrente un peligro de daño grave e irreversible del medio ambiente. Si bien este principio no está reconocido expresamente en nuestra legislación sectorial, se ha aplicado en el último tiempo por extensión y homologación del principio preventivo, cuya finalidad es evitar que se produzcan los problemas ambientales y no intentar superarlos una vez producidos. Esta es la forma en que la Corte Suprema ha razonado sus sentencias en los últimos años, no en busca de que los particulares se ubiquen en estándares de riesgo cero, sino en atención a que aquellos peligros que sean advertidos, sean considerados, evaluándose las medidas y mitigaciones pertinentes, minimizando las inseguridades.

Ejemplificando la doctrina que comenta, LUIS CORDERO cita el fallo del recurso de protección contra la construcción del tranque El Mauro, en el que se explicita que se habrían vulnerado los derechos a la integridad física y psíquica de la comunidad de Caimanes al construirse una obra subestimando los riesgos sísmicos de la zona, situación que la Corte estaría llamada a proteger en virtud del principio precautorio. En este caso, se estima que el referido principio tiene su premisa en la conservación del medio ambiente y la protección de la salud pública, valores que se identifican como bienes comunes.

En el mismo sentido, entendiendo la labor interpretativa que le corresponde a los tribunales de justicia en advertencia de la procedencia de considerar todas las fuentes del derecho, entre ellas los principios jurídicos. Es así que en los conocidos casos de Bocamina I y II, en las que

69 Dworkin, R., "Is law a system of rules?", *The philosophy of law*, Inglaterra, Oxford University Press, 1997, p. 47.

70 CORDERO, L., "Precaución y recurso de protección. Sobre los alcances de la sentencia de la Corte Suprema en el caso de 'Construcción Tranque El Mauro' y su relación con el sistema de impugnación de decisiones ambientales", *Anuario de Derecho Público*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 339-374.

se aplicaron estándares de control sustantivo, que implicaron un desafío directo a la decisión ambiental, la Corte, utilizando los principios del derecho ambiental, cuestionó las medidas de carácter técnico de la autoridad administrativa, sobre la base de la protección efectiva de las garantías constitucionales.

De esta manera, en el fallo de Bocamina I y II, la Corte afirma que si un proyecto aprobado por Estudio de Impacto Ambiental es modificado por una Declaración de Impacto Ambiental, produce un problema de información que permite evaluar por completo los impactos de un proyecto o actividad. Concretamente, la necesidad de un estudio en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen cuando los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental.

La Corte Suprema tiene presente que, aun cuando el acto recurrido sea una decisión administrativa adoptada dentro del ámbito de competencia del órgano respectivo, si ésta se considera carente de razonabilidad y, por lo tanto, arbitraria, debe ser, a lo menos, observada; circunstancia que en el caso Bocamina se refleja en la incomprensión de la procedencia de una Declaración de Impacto Ambiental, la que no permite evaluar una cuestión técnica compleja que dice relación con la modificación de un proyecto de generación de energía eléctrica cuya evaluación primitiva, por lo que requirió precisamente de un Estudio. En consecuencia, el establecimiento de una Declaración de Impacto Ambiental, en este caso conforma una actuación desprovista de sustento y, por tanto, resulta arbitraria.

Del mismo modo en tales sentencias, se dio un espacio de confianza a la nueva autoridad ambiental, entregándole la iniciativa en la preservación del ecosistema marino, procediendo con particular empeño a tramitar una medida de suspensión, la cual dejó sin efecto a los pocos días, sin que existiere constancia de haberse subsanado el hecho sobre la base del cual se solicitó por la autoridad administrativa y se dispuso por la autoridad jurisdiccional especializada. Queda, de esta forma la autoridad administrativa, malamente reflejada en su proceder, todo lo cual puede generar desconfianza en la jurisdicción a su respecto y, por lo mismo, determinar que en el futuro sean los tribunales quienes dispongan con todas sus particularidades y profundidad las medidas pertinentes, sin dejar mayor amplitud a la Administración, la que se limitará a ejecutar las detalladas acciones acordadas por los tribunales.

Ante este escenario, cabe aseverar que le corresponde a la judicatura ejercitar sus competencias en materia de Derecho Ambiental, dando estricto cumplimiento a los principios que le son propios que, indudablemente, han marcado una nueva tendencia durante los últimos años.

La esperanza se ha abierto. Estamos expectantes. La comunidad espera que los jueces sean artífices en la construcción de la sociedad, lo cual corresponde realizar conforme a los dictados del legislador, según la evolución que ha experimentado el Derecho en nuestro país y en el mundo, dando estricto cumplimiento a todos los instrumentos que conforman el ordenamiento jurídico medioambiental.

Muchas gracias.

“Conceptos e instituciones de Justicia Ambiental”

Jorge Bermúdez. Profesor de Derecho Administrativo y Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile

El tema de esta intervención se refiere a los “Conceptos e instituciones de la justicia ambiental”. A priori, podría señalarse que es un tema ambiguo, por lo que se hace presente que esta presentación contiene ciertas reflexiones de algunos aspectos que tiene en el presente aquello que se ha denominado “nueva institucionalidad ambiental”. Con la expresión “nueva institucionalidad ambiental” se hace referencia no sólo al sector de la Administración del Estado -Administración ambiental-, sino que también a la jurisdicción ambiental.

Para lo anterior, los temas a tratar serán los siguientes:

1. Distinción entre dos términos: justicia y jurisdicción.
2. Breve referencia a la nueva institucionalidad.
3. La diversa relación jurídica que se produce en la institucionalidad.
4. Perspectivas.



Jorge Bermúdez.
Profesor de Derecho
Administrativo y Ambiental
de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad
Católica de Valparaíso. Chile

Distinción entre justicia y jurisdicción:

¿Cuál es la distinción entre estos dos conceptos? Justicia ambiental y jurisdicción ambiental son dos conceptos similares, pero a la vez son conceptos claramente diferenciables. Son dos elementos que se deben considerar como relacionados; son dos conceptos que juegan en conjunto, que trabajan en conjunto por supuesto, pero desde el punto de vista legal y desde el punto de vista dogmático son perfectamente diferenciables. Se pueden plantear como conceptos los siguientes:

a. Justicia Ambiental

Existen múltiples conceptos de justicia ambiental. Uno de ellos es que la justicia ambiental es básicamente distribuir equitativamente entre todos los miembros de la sociedad, tanto las cargas como los servicios ambientales. Ese concepto -que parece ser algo tan evidente, tan normal- surge por algo y es precisamente porque tanto las cargas como los servicios ambientales no están equitativamente distribuidos. Eso lo podemos ver tanto en nuestro país, cuando pensamos en distintos casos que se han planteado a propósito de comunidades que están especialmente afectadas por eventos de contaminación, impactos ambientales, daños ambientales, etcétera. También se relaciona con otros principios que nos parecen un poco lejanos, como es el principio de no regresión. Cuando alcanzamos la justicia ambiental, es decir, cuando alcanzamos un nivel de protección y también de cargas que están distribuidas equitativamente entre la sociedad, debe entrar inmediatamente otro principio, que es el principio de no regresión. ¿Qué quiere decir eso? Que alcanzado un nivel de protección ambiental, evidentemente no podemos retroceder. Esto parece ser muy discutido, pero es evidente que cuando fijamos un estándar ambiental -cuando fijamos por ejemplo un nivel de contaminación por material particulado respirable-, lo lógico será que la revisión del mismo debe entenderse a que ese estándar vaya bajando, de manera que la norma sea más estricta y que esa carga ambiental sea menos intensa, y al revés, que ese servicio ambiental sea un poco más amplio para todos los miembros de la sociedad.

El problema de la justicia ambiental no es un problema nacional, no es un problema que uno pueda ver a través de la comunidad afroamericana, latina o hispana en Estados Unidos, es un problema global.



Fuente: www.diezeit.de

Esta imagen corresponde a un basural electrónico en Togo, ¿qué hace esa persona? Todos los días recorre ese basural para poder sacar un poco de metal y venderlo al kilo –una actividad que no es ajena a nuestro país– para poder entonces comer y llevar un poco de alimento a su familia. ¿De dónde viene esa basura, de dónde vienen esos computadores, lavadoras, refrigeradores? Vienen de Alemania, porque en Alemania, que es un país “muy ambientalista”, deben reciclar y disponer apropiadamente de toda su basura electrónica. Entonces, existen empresas que la disponen “adecuadamente”, por ejemplo, exportándola para el reciclaje en Togo. Este también es un aspecto de la justicia ambiental, esto también evidentemente afecta y carga a un ser humano, igual como nosotros. Hay casos múltiples; si pensamos en el caso del plomo en Arica, en el norte de nuestro país, es exactamente lo mismo, si pensamos en el caso de Ventanas, es exactamente lo mismo y así sucesivamente.

b. Jurisdicción Ambiental

Al lado de la justicia ambiental está la jurisdicción ambiental, que se puede definir en términos legales. La Ley N°20.600, es decir la ley que crea el Tribunal Ambiental, dice a propósito de estos tribunales que éstos se crean, o consisten en resolver controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento. Se debe prevenir un aspecto de la misma, que es el siguiente: en realidad, el Tribunal Ambiental, no es un tribunal del medio ambiente en términos amplios, porque si fuera un tribunal del medio ambiente en términos amplios, deberíamos partir de la base del concepto de medio ambiente, que la propia ley define para todos los efectos legales. Para todos los efectos legales, el medio ambiente no es sólo el medio ambiente natural, es el medio ambiente socio cultural, es el medio ambiente artificial. Así se ha entendido, por ejemplo, respecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que señala que el

patrimonio histórico forma parte del concepto medio ambiental, los sitios arqueológicos forman parte del concepto de medio ambiente, el medio ambiente construido, las ciudades que son donde todos vivimos, forman parte también del medio ambiente. Desgraciadamente, la Ley del tribunal no opera así. La Ley opera sobre la base de una idea de acciones que se pueden ejercer solamente respecto de ciertos instrumentos.

La forma de redacción de la Ley ofrece ciertas peculiaridades. Si se piensa en otras jurisdicciones especializadas, por ejemplo en la jurisdicción laboral, en realidad la jurisdicción está entregada a un tribunal especializado dentro del Poder Judicial para conocer los conflictos laborales. Todos los conflictos laborales los conoce la jurisdicción laboral. En cambio en materia ambiental, los tribunales no conocen de todos los conflictos medio ambientales. Esto puede provocar un problema: cuando se cierra la posibilidad del recurso de protección tenemos que ir a la vía especial. El conflicto está en que la vía especial no cubre todas las posibilidades de acción, no cubre todas las posibilidades de afectación del derecho, por lo tanto, no se puede cerrar esa vía, porque sigue siendo la vía residual, subsidiaria, frente a las acciones especiales.

Entonces se concluye que la jurisdicción ambiental es objeto de crítica respecto a su competencia y vulnera otra norma: el artículo 38, inciso 2° de la Constitución. Esta norma se nos olvida. Si se observa lo que ahí señala el constituyente, es decir, que: *“cualquier persona que sea lesionada de sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”*, por cualquier lesión, por cualquier afectación. Por lo tanto, lo que hay aquí consagrado, es en realidad el principio de tutela judicial efectiva. Se hace presente esto porque por mucho tiempo los juristas chilenos creíamos que aquí había una norma de responsabilidad del Estado y eso no es así. Esta norma en realidad fue tomada del artículo 19.4 de la Constitución Alemana. La Constitución Alemana basa, y usando una similitud de términos, la tutela judicial efectiva, es decir, la tutela amplia frente a cualquier afectación en esa disposición, por lo tanto nadie podría negar el acceso a la justicia fundado en que no existe la tutela judicial efectiva en Chile. Está fundada y existen suficientes antecedentes para afirmarlo.

Breve referencia a la institucionalidad ambiental

En este momento, pasaremos a realizar una referencia a la nueva institucionalidad ambiental. Para muchos, se veía como una ola gigante y por eso entonces hubo que ponerle ciertos contrapesos, lo cual forma parte

de su historia. Pero para la ciudadanía la nueva institucionalidad ambiental representaba la siguiente expresión: *"ojalá se solucionen estos problemas"*. Si ustedes le preguntasen a las personas ajenas al Derecho, que conocen algo de la institucionalidad probablemente se representan una idea como: *"a lo mejor con esto voy a poder solucionar el problema que tengo con el vertedero de al lado, el problema que tengo con las antenas de telefonía celular"*, y así sucesivamente. Efectivamente, la nueva institucionalidad ambiental mejora muchísimo la situación, pero no viene a resolver todos los problemas.



Fuente: www.mma.gov.cl

Este esquema representa la nueva institucionalidad, dentro de la cual se ubican los Tribunales Ambientales. No forman parte efectivamente del Poder Ejecutivo, es un órgano independiente. Sin embargo, quiero hacer una precisión respecto al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Cuando este órgano fue creado, la primera crítica que surgió fue la que plantearon las ONG, que decían *"cómo puede ser que exista esto, al lado del ministro un Consejo de Ministros"*. Al principio parecía simplemente como una especie de reclamo de "hippies" y la lógica detrás de esto –que de hecho yo utilizaba para explicarlo–, precisamente es que la protección del medio ambiente es una cuestión transversal, es multisectorial y por lo tanto era deseable que existiera este Consejo de Ministros. Sin embargo, todas las decisiones importantes tienen que pasar por ese Consejo. Cuando se propone una ley ambiental, un

reglamento ambiental, debe pasar por ese Consejo y de ahí al Presidente de la República. Entonces, deberíamos plantearnos lo siguiente: *¿pero cómo existe esto si los ministros, -dice la constitución- son colaboradores directos e inmediatos, que significa eso?* Las palabras son muy sencillas: *“directos e inmediatos.”* Lo inmediato es lo que está cercano, no hay nada entre medio, por lo tanto entre el Presidente de la República y un ministro no puede haber algo en el medio. Esto -y lo afirmo como profesor, con la libertad que da la universidad-, es inconstitucional. ¿El Tribunal Constitucional se planteó este problema? No. Se pronunció simplemente sobre la posibilidad de que se tramitasen procedimientos administrativos en este Consejo y en realidad parece ser que hubo una confusión, pues se refería al Comité de Ministros, que resuelve un recurso administrativo que se puede plantear ante él. No puede haber nada en la relación que hay entre un ministro del medio ambiente y el Presidente de la República, porque no existe en ningún otro sector. Este órgano intermedio pasa a ser una especie de “cedazo” de lo ambiental.

Por otro lado, surge la pregunta respecto al rol de la Superintendencia del Medio Ambiente: ¿es la estrella de la reforma?

Evidentemente en un foro de jurisdicción ambiental es poco diplomático plantearse esta pregunta, porque se debe hacer mayor referencia a los tribunales. Pero efectivamente, cuando se plantea la nueva institucionalidad una de las graves deficiencias que se observaba era la fiscalización, y por lo tanto la Superintendencia viene, o se supone que debe venir a solucionar algunos de estos problemas. Para graficar la importancia de este órgano, permítanme hacer una pequeña auto referencia. A lo largo ya de mis veinte años de abogado he trabajado en muchos órganos de la Administración del Estado, y el primero fue Conaf, luego trabajé en el Consejo de Defensa del Estado, con José Agustín Ramírez en la Unidad de Medio Ambiente, y muchas veces me tocó ver cómo para muchos la normativa ambiental, en particular la Resolución de Calificación Ambiental, era simplemente indicativa, era una especie de directriz, era un ideal que “ojalá se alcance”, pero si no puedo alcanzarlo, bueno no pasa nada. Parece que eso era algo que estaba muy muy asentado.

La creación de la Superintendencia del Medio Ambiente como señal, evidentemente hace que la cuestión ambiental tenga la relevancia que debe tener.

La diversa relación jurídica que se produce en la institucionalidad

En la institucionalidad ambiental se pueden producir dos relaciones jurídicas distintas. Esto se observa especialmente ahora con el funcionamiento regular de todos sus órganos. De este modo, la relación que se da ante la Superintendencia del Medio Ambiente es una relación que, podríamos decir, es vertical, y esto es normal en cualquier órgano de la Administración del Estado. La Administración no es un tercero imparcial, es un órgano que debe tender –en este caso la Superintendencia debe tender– a un interés público y ese interés público es la protección del medio ambiente, no pudiendo exigírsele imparcialidad. Como ya se ha mencionado, la Administración tiene un interés, que en este caso es el interés ambiental. En virtud de ese interés, la Administración tiene instrumentos para poder actuar, y uno de esos instrumentos corresponde al procedimiento administrativo sancionador. En ese instrumento, la Administración tiene la preeminencia; es ella quien determina los trámites; la que ejerce un poder discrecional de configuración de ese instrumento, que al final se va a materializar en una resolución, que puede ser una resolución sancionadora o absolutoria.

¿Dónde se puede exigir imparcialidad? Ante el Tribunal Ambiental. Efectivamente, en el caso chileno, y a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Costa Rica, el Tribunal Ambiental es un tribunal propiamente tal. Es un Tribunal especializado fuera del Poder Judicial, pero es un Tribunal. Por lo tanto, la igualdad de armas jurídicas la podemos esperar acá, donde efectivamente se puede hacer la revisión de la actuación de la Administración, particularmente, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Perspectivas

Primeramente, se podría efectuar una clasificación entre perspectivas fácticas, materiales o ambientales por un lado y por otro lado, aquellas que se denominan jurídicas. Las perspectivas fácticas son todos los problemas ambientales que podríamos tener: sobrepoblación, contaminación, aumento exponencial de la basura, contaminación atmosférica, entre otros.

¿Cuáles son las perspectivas jurídicas? En primer lugar, el diseño institucional que tenemos está centrado –lamentablemente– sólo en instrumentos, no en la materia. No en la materia ambiental, no es en la cuestión ambiental donde nos hemos centrado, sino que en instrumentos, con una preeminencia en el Sistema de Evaluación de

Impacto Ambiental. Pensamos que el SEIA lo soluciona todo y el SEIA no es eso, opera sobre la base de normas, de normas ambientales y esas normas ambientales muchas veces son insuficientes.

Hay otros Instrumentos de gestión ambiental que están vigentes y que no son suficientes para hacerse cargo de la realidad. Por ejemplo, el Plan de Descontaminación y más específicamente, el Plan de Descontaminación de Ventanas. Si se aplican las reglas que hoy día tenemos de planes de descontaminación, resulta que la zona de Ventanas no sería siquiera zona latente. ¿Es eso aceptable ambientalmente, políticamente incluso? Obviamente que no, existe un problema en la mencionada situación. El problema es que el instrumento jurídico es inapropiado. No debiéramos tener una norma que permite esos altos de contaminación simplemente en base a que son “aislados”. Es necesario entonces reflexionar en aras a un mejor desarrollo de estos instrumentos jurídicos.

El servicio ambiental tiene otra cara de la moneda, representada por la carga ambiental. Como concepto sólo se ha aplicado legislativamente para un aspecto de los instrumentos de protección ambiental. Específicamente se exige que las Declaraciones de Impacto Ambiental tengan un espacio de participación ciudadana. Sin embargo, es relevante recordar que la participación ciudadana, debiera ser un principio que está presente siempre. Debemos entender que la carga ambiental corresponde a un concepto mucho más amplio que otorga forma al gran concepto de justicia ambiental.

La participación ciudadana debe ser amplia, por supuesto. Hasta ahora se ha actuado con un poco de recelo en relación a ella. Sin embargo, todos los intervinientes deben educarse al respecto, tanto la institucionalidad como sus participantes. Ya tenemos la Ley 20.500, que introduce el principio de participación ciudadana en toda la actuación de la Administración, por lo tanto es un principio exigible actualmente. Estamos hablando simplemente de una regla legal, que debería observar siempre la propia Administración.

Frente a estas perspectivas, uno diría, ¿nos quedamos así? Yo diría: *“keep calm and find a solution”, es decir, encontremos una solución para que esto funcione.* Debiéramos, en primer lugar, acostumbrarnos a que el concepto de justicia ambiental, como equidad ambiental se incorpore también en nuestro discurso. Debe haber reglas claras para distribuir cargas y servicios ambientales. Nos evitaríamos muchos problemas, muchos conflictos, mucha judicialización, mucha gente protestando en la calle se evitaría si es que tuviéramos reglas claras.

¿Cuáles son esas reglas? Esto no se trata de inventar un complejo sistema o algo nuevo. Por el contrario, las reglas son muy claras, hay usos que están en conflicto y que no pueden ir juntos, ¿para qué ubicar un centro acuícola frente a un balneario turístico o un emisario submarino justamente donde hay un cultivo acuícola? No tiene sentido. Los usos que están en conflicto deben estar separados, los usos que son similares tienen que agruparse, teniendo cuidado, eso sí, que no lleguemos a una situación de sacrificio, o zona de sacrificio.

Hay ciertos espacios donde no se puede hacer nada, hay ciertos espacios que deberían ser sagrados, hay ciertos espacios que no deberían tocarse, por ejemplo, ¿es posible técnicamente plantearse siquiera que los glaciares se pueden mover y se pueden instalar en otro lado? Es complejo. A modo personal, me parece que no, por algo el Glaciar se ubica ahí naturalmente. Hay ciertos espacios, creo, donde uno debería decir por sentido común *“aquí no se puede hacer nada”* y no estoy pensando en áreas protegidas, porque como todos sabemos las áreas protegidas de Chile se crean con una visión distinta. De hecho, si dedicamos un momento a las mismas, debemos recordar que las áreas protegidas en Chile, se crean en su mayor parte en la década de los 70's y 80's por razones estratégicas, para evitar tener población en las fronteras.

Finalmente, aun cuando sea algo dicho muchas veces, los recursos naturales deben ser explotados de manera sustentable, debiendo contemplarse un deber de responsabilidad frente a todos los efectos que produce esa actividad.

Muchas gracias.

“Princípios Emergentes do Direito Ambiental”

Antonio Herman Benjamin, Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ), Presidente de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental y Secretario general del Consejo Consultivo Internacional sobre Justicia Ambiental del PNUMA.

É uma honra compartilhar este Painel sobre “Tendencias de la Justicia Ambiental: Nuevos Conceptos, Principios e Instituciones” com meu amigo Sergio Muñoz Gajardo, jurista inquieto e reconhecido especialista em Direito Ambiental, hoje presidente da Corte Suprema do Chile.

O tema geral deste *Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental* não poderia ser mais oportuno, ao propor, como centro das discussões, o *acesso à justiça ambiental*. Primeiro, porque acesso à justiça, especializada ou não, continua a ser um dos maiores desafios da ordem constitucional e legal das democracias modernas, entre as quais se incluem Chile e Brasil. Segundo, porque, mais complexo ainda, é examinar o acesso à justiça no âmbito dos litígios ambientais.

Trata-se de complexidade inerente ao “novo”, mas também decorrência de se lidar com universo de questões científicas, sujeitos, bens, princípios, instrumentos, instituições e padrões éticos⁷¹ tradicionalmente ignorados, desprezados ou pouco compreendidos pelo Direito, cada um desses núcleos incitando o jurista e o juiz a explorar e avançar sobre os limites conhecidos – e confortáveis – da teoria e prática jurídicas.

Cabe-me, por sugestão (ou imposição) do também amigo Rafael Asenjo Zegers, um dos pioneiros e referência do Direito Ambiental latino-americano, falar sobre “Nuevos Principios de la Justicia Ambiental”. Evidentemente que não pretendo, nem poderia, aqui discorrer sobre a (nova) dogmática dos princípios do Direito Ambiental⁷², nem, muito menos, avançar além dos vastos estudos existentes sobre os princípios jurídicos em geral. Tal opção, condizente com reprodução escrita de daquilo que, na origem, foi uma exposição oral, igualmente dispensa esforço especial de documentá-la exaustivamente.

O caminho mais curto, fácil e despretensioso talvez seja fazer rápido apanhado da jurisprudência brasileira nesse campo, sobretudo a do Su-

71 Quanto aos fundamentos éticos do Direito Ambiental, confira-se Antonio Herman Benjamin, *A Natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, in Volnei Ivo Carlin (Org.), *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Campinas, Millennium, 2009. pp. 49-68.

72 No tema, em profundidade, veja-se Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

perior Tribunal de Justiça (STJ)⁷³, destacando desde logo duas premissas convergentes. De um lado, assinalar que qualquer estudo hoje do Direito Ambiental será inútil ou frívolo se não tiver os olhos postos, fixos mesmo, na questão dorsal da *implementação e eficácia*; do outro, realçar o crescente *papel dos juízes* nessa mesma implementação, tanto na exegese da norma ambiental, como na (re)formulação da principiologia que orienta a disciplina, seja na sua generalidade, seja nos vários setores em que, na atualidade, se organiza.

1. Antropoceno, princípios ambientais e Poder Judiciário

Nunca é demais recordar que nossa época define-se pela consolidação e afirmação de direitos estatuídos, de maneira a repelir a *instituição teatral e o uso ornamental* das normas, constitucionais ou não⁷⁴. Na mesma linha, também se mostra incompatível com as expectativas da sociedade pós-moderna – centrada na dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica como símbolos da civilização – transformar direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros em um vai-e-vem legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai, ora se afirma, ora se omite, ora avança, ora regride. Essa, sem dúvida, perplexidade que domina vários campos



Antonio Herman Benjamin, Ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ),

73 Uma excelente análise da jurisprudência do STJ pode ser encontrada em ARANDA, J. *Precedentes ambientales recientes del Tribunal Superior de Justicia de Brasil: una jurisprudencia de principios*. En: Revista de Derecho Ambiental N° 38. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2014.

74 Cf. Antonio Herman Benjamin, *O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental*, in Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, IMESP, 2004.

do Direito, mas que, de maneira decisiva, mostra-se aguda na tutela do meio ambiente. O *princípio da proibição de retrocesso*, do qual trataremos adiante, emerge a partir dessa preocupação.

O contexto de fundo desses temas jurídicos já não passa despercebido a ninguém. Somos agentes, vítimas e testemunhas de inegável *crise ambiental*, a marca mais trágica e menos honrosa do *antropoceno*, período da evolução do Planeta caracterizado por ciclóticos impactos causados pelos seres humanos e que provocam rápido desaparecimento de espécies e ecossistemas, além de colapso da quantidade e qualidade de recursos naturais preciosos e insubstituíveis (água doce, p. ex.), cenário agravado por incertezas ocasionadas pelas mudanças climáticas. Sem exagero, sob ameaça estão as próprias *bases da vida*, que a Ley sobre Bases Generales del Ambiente de Chile, criativamente, chama de “patrimônio ambiental”⁷⁵, expressão que as juridiciza como bem jurídico (maior) de índole híper-coletiva intergeracional, dotado de representação simultaneamente tangível e intangível.

Esse sentimento de tribulação planetária, óbvio e quase lugar comum, está na origem do Direito Ambiental e haverá de repercutir na abordagem dos seus princípios regentes, em particular naqueles que se propõem a alterar intensamente os suportes mais elementares do saber jurídico convencional, como o princípio da função ecológica da propriedade e o princípio *in dubio pro Natura*, ambos analisados ligeiramente, à luz da jurisprudência do STJ, no presente ensaio.

Saliente-se, ainda, que na reflexão sobre os princípios do Direito Ambiental, não se deve buscar, como pano de fundo, formulações isoladas e justificáveis em si mesmas, por mais elegantes e apaixonantes que sejam. Indo além da abstração teórica e asséptica, a tarefa intelectual que aqui urge deságua na aspiração de *utilidade* no mundo prosaico e corriqueiro da *eficácia da norma ambiental*, com ênfase para a função dos juízes na proteção dos *processos ecológicos essenciais*, de modo a que o cuidado judicial enfatize a prevenção e precaução em relação ao uso (e abuso) dos recursos naturais.

Previsível seria concluir que se ao judiciário cabe salvaguardar a vida, com maior razão e rigor lhe deve competir assegurar tudo aquilo que viabiliza e mantém os seres vivos, nós e todos os outros – repita-se, as *bases da vida*. No entanto, sabemos, a intervenção judicial no campo do ambiente, não obstante o sucesso de experiências nacionais nos vários continentes, ainda claudica por toda parte; noutros países, os tribunais

75

Ley 19300, artículo 1º.

têm participação meramente retórica ou simbólica; em alguns, sofrem questionamento e constrangimento; em vários, mostram-se incapazes de reduzir, muito menos de conter, a extinção de espécies e perdas irreversíveis de ecossistemas insubstituíveis.

2. Utilidade prática de reflexão sobre os princípios ambientais

Nunca será esforço infrutífero refletir sobre os princípios jurídicos e sua influência na fundação, organização e aplicação do Direito Ambiental, embora o palpite inicial seja o de que, diante da riqueza e vastidão da literatura a seu respeito, nada mais existiria a acrescentar. Muito ao contrário, o sistema jusambiental lucrará com o correto conhecimento e aplicação que deles se faça, até porque, já indica a própria raiz da palavra, neles reside o *princípio*, o início de tudo.

Tal qual no intrincado espaço geral do Direito, os princípios ambientais refletem os valores éticos do seu tempo e as necessidades do seu tempo, tanto na modalidade dos problemas enfrentados, como no método para sua solução. Por isso mesmo, os princípios ambientais ora são considerados *primários* (= buscam diretamente garantir a melhor opção ambiental), ora são *instrumentais* (= asseguram o caminho ou *iter* para indiretamente se chegar à melhor opção ambiental). Destaco, novamente, que não se pretende aqui revisar os estudos já levados a cabo, por dispensável fazê-lo, pois nenhum profissional do Direito clamará desconhecimento da importância dos princípios na estrutura e funcionamento do ordenamento.

3. Ecologização do Direito e da Constituição

Chile e Brasil estão entre os países que mais legislaram em matéria ambiental, a começar pela “ecologização” do texto constitucional. Aí está o *material genético primitivo ou caldo orgânico* em que tomam corpo os princípios próprios do Direito Ambiental.

A Constituição chilena estabelece “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Acrescenta que “Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente” (artículo 19 numeral 8).

Como se nota, o direito assegurado no texto constitucional é a) diretamente vinculado à vida (“derecho a vivir”) e à liberdade, em sentido

negativo (“libre de contaminación”), e b) incondicionado ou de aplicação judicial direta na obrigação geral (primeira parte do dispositivo) e, quanto a “restricciones específicas”, dependente de edição de lei, lembrando, quanto a esse ponto, que o dispositivo propõe-se igualmente a legitimar a atuação do legislador infraconstitucional no controle de atividades e direitos que utilizem ou degradem recursos ambientais.

A opção redacional do legislador constitucional chileno, indo além do modelo adotado por outros países, alicerça a proteção do meio ambiente, não em um, mas em dois pilares estruturantes e legitimadores do Estado de Direito clássico (direito à vida e direito à liberdade). A segunda parte do dispositivo (o dever estatal de zelar para que tal “*derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*”) parece indicar que a palavra “contaminación” é tomada em sentido mais amplo possível, querendo significar não só deterioração do meio natural pelo *acréscimo* de substâncias e energia (o sentido tradicional de poluição), mas igualmente degradação por *perda ou redução* das qualidades próprias do meio físico, químico e biológico.

A partir do texto constitucional tanto se pode retirar e deduzir, diretamente, princípios do Direito Ambiental, como se possibilita a ele vincular princípios desenvolvidos na própria legislação e doutrina jurídico-ambiental. Note-se, somente a título de exemplo, o vocabulário de feito precautório utilizado, quando a Constituição refere-se à “*preservación*” em vez de “*conservación*” da Natureza.

4. Princípios “tradicionais” do Direito Ambiental e três sentidos do “novo”

Antes de abordar cinco princípios emergentes do Direito Ambiental brasileiro (princípio da função ecológica da propriedade, princípio da natureza propter rem das obrigações ambientais, princípio da reparação integral, princípio in dubio pro Natura e princípio da proibição de retrocesso, com destaque maior para este último, por conta de sua absoluta novidade), impõe-se esclarecer o que se entende por “novo” no âmbito dessa disciplina jurídica.

Há princípios que, não obstante o surgimento recente do Direito Ambiental, já se podem considerar “tradicionais” ou “maduros”, pois se encontram mais ou menos consolidados na experiência internacional, assim como na legislação interna dos vários Países e na própria jurisprudência. Entre eles cabe citar o princípio poluidor-pagador, o princípio da prevenção e, em menor grau, o princípio da precaução.

O foco do presente ensaio, como indicar seu título, está voltado para aquilo que se arriscaria chamar de princípios “novos” ou “emergentes”, ou seja, aqueles que, particularmente pela força da doutrina e jurisprudência, encontram-se em franco processo de constituição e desenvolvimento. Claro, assim como a noção de “velho”, o próprio sentido de “novo” exige qualificação, já que relativo diante de uma disciplina que, em si mesma, é jovem. Penso que a concepção de “novos princípios” conduz a três acepções. Primeiro, simples (mas nem por isso inútil) reciclagem ou releitura teórico-ecológica do velho; segundo, ampliação subjetiva (= dos sujeitos) ou objetiva (= do objeto) do velho; finalmente, e perdão pelo jogo de palavras, há o novo verdadeiramente novo.

São muitos e variados os precedentes do STJ no âmbito dos princípios mais consolidados do Direito Ambiental⁷⁶, sobretudo o princípio da prevenção, o princípio poluidor-pagador e o princípio da precaução⁷⁷, que

76 “[P]or sua própria natureza, tem o meio ambiente tutela jurídica respaldada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção. O direito ambiental atua de forma a considerar, em primeiro plano, a prevenção, seguida da recuperação e, por fim, o ressarcimento. Os instrumentos de tutela ambiental – extrajudicial e judicial – são orientados por seus princípios basilares, quais sejam, Princípio da Solidariedade Intergeracional, da Prevenção, da Precaução, do Poluidor-Pagador, da Informação, da Participação Comunitária, dentre outros, tendo aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento)” (Recurso Especial 1.115.555/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima); no mesmo sentido, Recurso Especial 880.172/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques.

77 “[O] princípio da precaução, reconhecido implícita e explicitamente pelo Direito brasileiro, estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade” (Recurso Especial 883.656/RS, Relator Ministro Herman Benjamin). Na mesma linha: “Em matéria de meio ambiente, vigora o princípio da precaução que, em situações como a dos autos, cujo efeito da decisão impugnada é o de autorizar a continuidade de obras de empreendimento imobiliário em área de proteção ambiental, recomenda a paralisação das obras porque os danos por elas causados podem ser irreversíveis acaso a demanda seja ao final julgada procedente” (Agravo Regimental na SLS 1.323/CE, Relator Ministro João Otávio de Noronha). Confira-se, ainda, outros tantos precedentes: “O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (Recurso Especial 1.060.753/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon); se “inexiste dado científico concreto de que a queima da palha e a fumaça da cana-de-açúcar ocasionem danos ambientais ou o surgimento de qualquer tipo de processo cancerígeno”, tal não basta para admiti-la irrestritamente, pois “a ausência de certeza científica, longe de justificar uma ação possivelmente degradante do meio ambiente, deveria incitar o julgador a mais prudência”, nos termos do “princípio da precaução”, segundo o qual “a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente” (Recurso Especial 1.285.463/SP, Relator Ministro Humberto Martins); “em se tratando de ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução” (Recurso Especial 1.237.893/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon); “O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região”, acrescentando-se, ademais, que “o Princípio da Precaução, no qual o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo” (Recurso Especial 1.330.027, Relator Ministro Ricardo Cueva); “Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução que, em situação como a dos autos, recomenda a realização de audiências públicas com a participação da população local” (Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 1.552/BA, Relator Ministro Ari Pargendler); “Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução. Esse princípio deve ser observado pela Administração Pública, e também pelos empreendedores. A segurança dos investimentos constitui, também e principalmente, responsabilidade de quem os faz. À luz desse pressuposto, surpreende na espécie a circunstância de que empreendimento

em si deixaram, pelo menos no Brasil, de provocar questionamentos existenciais.

Comum nesses julgados (alguns deles utilizados no contexto da proteção do patrimônio urbanístico ou histórico, mas em tudo aplicável ao Direito Ambiental), é a preocupação em realçar o papel do juiz e dos seus poderes, na esperança de evitar o dano, já que “por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir”⁷⁸.

Não se trata de aplicação perfunctória ou puramente retórica e secundária dos princípios, pois deles o STJ retira diretamente obrigações concretas e vinculantes, como se observa em precedente da Relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki:

“O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Deles

de tamanho vulto tenha sido iniciado, e continuado, sem que seus responsáveis tenham se munido da cautela de consultar o órgão federal incumbido de preservar o meio ambiente a respeito de sua viabilidade” (Agravio Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 1.564/MA, Relator Ministro Ari Pargendler); “Em matéria de meio ambiente, vigora o princípio da precaução. A ampliação de uma avenida litorânea pode causar grave lesão ao meio ambiente, sendo recomendável, portanto, a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental até que sejam dirimidas as dúvidas acerca do possível impacto da obra. Não cabe nesta via estreita examinar o Estudo de Impacto Ambiental juntado no agravo regimental. Havendo fundadas dúvidas a respeito dos possíveis danos ambientais, bem como da legalidade do licenciamento ambiental, deve ser mantida a suspensão do procedimento de modo a resguardar o interesse público” (Agravio Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 1.524/MA, Relator Ministro Ari Pargendler); “Em matéria de saúde pública e de meio ambiente, vigora o princípio da precaução que, em situações como a dos autos, recomenda a ampliação da rede de esgotos antes de que se iniciem novos empreendimentos imobiliários” (Agravio Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 1.429/GO, Relator Ministro Ari Pargendler); “Em termos de meio ambiente, deve prevalecer o princípio da precaução, máxime quando está em causa um aquífero subterrâneo. Nada é preciso dizer acerca do valor da água, que já vem se tornando escassa” (Agravio Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 1.279/PR, Relator Ministro Ari Pargendler); “Independentemente do acerto, ou não, da decisão que autorizou, na espécie, o prosseguimento do empreendimento imobiliário, o certo é que, se isso acontecer, o respectivo efeito será irreversível. Numa época de tantos gravames ao meio ambiente, o princípio da precaução recomenda que se aguarde o desfecho final da causa para que as edificações sejam levantadas” (Agravio Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 2.333/CE, Relator Ministro Ari Pargendler).

Note-se, por outro lado, que a utilização do princípio da precaução pelo STJ atualmente vai além dos limites do dano ambiental, para abarcar matérias como a contaminação pelo vírus HIV e da hepatite C, em transfusões de sangue: “A ausência de certeza científica não pode justificar atitudes negligentes da Administração Pública. Aplica-se, nesse caso, o princípio da precaução. Ressalta-se que a doutrina de Direito Administrativo evoluiu e encampou institutos de outros campos do Direito. O princípio da precaução, oriundo do Direito Ambiental, norteia as condutas governamentais também no âmbito administrativo” (Recurso Especial 1.299.900/RJ, Relator Ministro Humberto Martins).

decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura)”⁷⁹.

Mais interessante até do que o posicionamento do STJ sobre princípios considerados “tradicionais” é a sua jurisprudência acerca de “novos” princípios, território em que vai buscar inspiração ora em raízes antigas da matriz jurídica brasileira (princípio da natureza propter rem das obrigações ambientais), ora em fundamento constitucional profundo do Direito Ambiental (função ecológica da propriedade), ora em chamados éticos de equidade e clamor por eficácia e eficiência da implementação legal (princípio da reparação in integrum), ora em adágios processuais-hermenêuticos clássicos (princípio in dubio pro natura a partir do princípio in dubio pro reo), ora finalmente na experiência comparada relativa aos direitos humanos ou fundamentais (princípio da proibição de retrocesso).

5. Princípio da função ecológica da propriedade

A primeira verdade do Direito Ambiental é que inexistirá proteção genuína e efetiva do meio ambiente sem reposicionamento ecológico da concepção jurídica de propriedade. Se o ordenamento adota, como ponto de partida, uma obrigação genérica de não-degradar, fonte do regime de explorabilidade limitada e condicionada dos recursos naturais, inevitavelmente haverá interferência direta ou indireta na formulação e entendimento das modalidades de uso e aproveitamento dos atributos ambientais do domínio.

A Constituição chilena, como a brasileira, reconhece, de maneira categórica, que a função social da propriedade inclui “la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 24º) – é a ecologização da função social e, afinal, do próprio direito de propriedade. No mesmo caminho seguiu a Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente ao adotar expressamente o parâmetro da explorabilidade limitada e condicionada, manifestação concreta da função ecológica da propriedade: “El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos”⁸⁰.

79 Recurso Especial 605.323/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki; no mesmo sentido, Recurso Especial 625.249/PR, Relator Ministro Luiz Fux.

80 Ley 19300, artículo 41, grifei.

No Chile e Brasil, então, surge, a partir das próprias bases constitucionais do Direito Ambiental, nova dogmática dos bens, lastreada em autônoma função ecológica da propriedade⁸¹, abrigada de modo explícito pelo sistema jurídico e que deve ser cumprida necessariamente pelo feixe de direitos associados à propriedade, sob pena de perversão de seus fins, legitimidade, atributos, benefícios e garantias.

Sob tal pano de fundo, nota-se que, não satisfeitos em estabelecer direitos e obrigações fundamentais afeitos à tutela do meio ambiente, o legislador e o juiz ecológizam a função social da propriedade que, tradicionalmente, já era usada, na América Latina, antes mesmo da ecologização da Constituição, como fonte legitimadora dos esforços legislativos, administrativos e judiciais de salvaguarda da Natureza, por meio da imposição de limites constitucionais e legais intrínsecos e extrínsecos⁸².

A respeito da aplicação e efeitos concretos da função ecológica da propriedade, cito, entre dezenas, uma decisão do STJ:

“Nos regimes jurídicos contemporâneos, os imóveis – rurais ou urbanos – transportam finalidades múltiplas (privadas e públicas, inclusive ecológicas), o que faz com que sua utilidade econômica não se esgote em um único uso, no melhor uso e, muito menos, no mais lucrativo uso. A ordem constitucional-legal brasileira não garante ao proprietário e ao empresário o máximo retorno financeiro possível dos bens privados e das atividades exercidas. Exigências de sustentabilidade ecológica na ocupação e utilização de bens econômicos privados não evidenciam apossamento, esvaziamento ou injustificação da intervenção pública”⁸³.

6. Princípio da natureza propter rem das obrigações ambientais

Com considerável impacto no exercício da legislação de proteção do meio ambiente, o STJ desenvolveu e aplica, em inúmeros precedentes, o princípio da natureza propter rem das obrigações ambientais. A posição foi bem objetivamente explicitada pelo Ministro Luiz Fux: “A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem”⁸⁴.

81 Sobre a função ecológica da propriedade, veja-se Antonio Herman Benjamin, Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente, in Antonio Herman Benjamin (coordenador), 5 Anos após a ECO-92, Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, Imprensa Oficial/Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, 1997, pp. 11-36.

82 Sobre os limites internos e externos do direito de propriedade, confira-se Antônio Herman V. Benjamin, *Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente*, in Guilherme José Purvin de Figueiredo (organizador), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998, pp. 67-69.

83 Recurso Especial 1.109.778/SC, Relator Ministro Herman Benjamin.

84 Recurso Especial 1.090.968/SP, Relator Ministro Luiz Fux; confira-se, ademais: “a obrigação de recuperar a

São variadas as implicações concretas e práticas dessa formulação inovadora, que vão da causalidade à prescrição do dano ambiental. Antes de sua explicitação pela Corte, era comum (sobretudo em casos de supressão ilegal de vegetação e de danos decorrentes de mineração ou depósito impróprio de resíduos tóxicos) que o proprietário atual, pretendendo quebrar o nexo de causalidade, atribuisse o desmatamento ao dono anterior e, este, ao seu antecessor, em cadeia infinita que dificultava, quando não impedia, a eficácia da norma e a realização do dever de recuperar a área degradada ou de pagar indenização. Por outro lado, havia casos em que o proprietário atual até reconhecia que causara o dano, mas alegava que a atuação judicial se encontrava barreada pela prescrição.

Ora, a se compreender a obrigação ambiental como de natureza *propter rem*, isto é, daquelas que “acompanham o bem e a ele aderem”, desnecessário perquirir sobre quem causou efetivamente o dano, exceto para fins de ação de regresso entre aquele que paga e o causador direto da degradação ambiental. Em síntese, quem adquire um bem móvel ou imóvel o faz por inteiro, com direitos e obrigações que sobre ela incidem. Perdem importância, assim tanto a identificação do degradador original, como o tempo transcorrido entre o momento do dano e a judicialização da questão.

No terreno da causalidade, o STJ já se inclinava a fechar o cerco ao degradador, em precedente que incluía, na mesma equação, o causador direto e o indireto:

“Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”⁸⁵.

Nos litígios ambientais e urbanísticos joga-se com a possibilidade de reconhecimento do fato consumado, praga que infesta e desmoraliza

degradação ambiental ...abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria a deflagração do dano, tendo em consideração a sua natureza *propter rem*” (Recurso Especial, 1.247.140/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques); “As obrigações ambientais ostentam caráter *propter rem*, isto é, são de natureza ambulante, ao aderirem ao bem, e não a seu eventual titular. Daí a irrelevância da identidade do dono – ontem, hoje ou amanhã –, exceto para fins de imposição de sanção administrativa e penal” (Embargos de Divergência 218.781/PR, Relator Ministro Herman Benjamin); “a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos” (Recurso Especial 1.251.697/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques); no mesmo sentido, Recurso Especial 926.750/MG, Relator Ministro Castro Meira; Recurso Especial 1.179.316/SP, Relator Ministro Teori Zavascki; Recurso Especial 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Netto; Recurso Especial 264.173/PR, Relator Ministro José Delgado; Recurso Especial 282.781/PR, Relator Ministra Eliana Calmon; Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.224.056/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques.

sistemas judiciais ineficientes, tão comuns na América Latina, caracterizados pela demora, ou até omissão, na implementação de exigências legais, mesmo que categóricas e indiscutíveis. Em tal cenário, a degradação consumada e praticada por muito tempo transmuda-se e emerge como disfarce para esconder pretensão aberrante de legitimação de direito adquirido de poluir e degradar. Ao rejeitar esse tipo de pretensão, salientou o Ministro Arnaldo Esteves Lima que “a natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado — fundamental e difusa — não confere ao empreendedor direito adquirido de, por meio do desenvolvimento de sua atividade, agredir a natureza, ocasionando prejuízos de diversas ordens à presente e futura gerações”⁸⁶. Em outro precedente, o Ministro Mauro Campbell vai direto ao ponto: “Esta Corte é pacífica no sentido de que não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente”⁸⁷.

7. Princípio da reparação integral

Acima se indicou que o princípio poluidor-pagador é um dos mais tradicionais do Direito Ambiental, pois sua formulação teórica inicial, pela OECD, antecede a Conferência de Estocolmo de 1972. Em termos práticos, contudo, esse princípio pouco auxilia o juiz, pois não lhe oferece balizas concretas e seguras para o tratamento judicial do dano ambiental, limitando-se a estabelecer parâmetro genérico segundo o qual quem se beneficia com a degradação do meio ambiente deve igualmente arcar com os custos de prevenção, mitigação, compensação e recuperação.

Indo além dessa proposição de contornos vagos, o princípio da reparação integral deixa claro que, degradado o ambiente, cabe à intervenção judicial trazê-lo ao seu status quo ante, independentemente de medidas compensatórias complementares. Na mesma linha, no Chile, a Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente dispõe que “todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo” (artículo 3º), “materialmente” com o duplo significado de “fisicamente” e também “ecologicamente”. Note-se o caráter aditivo da indenização (“e indemnizarlo”), redação mais técnica do que idêntico dispositivo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente brasileira (Lei 6.938/81), que fala em recuperação “ou” indenização, o que causou longa divergência jurisprudencial no Brasil até que o STJ pacificou a matéria ao reconhecer que o “ou” no texto legal trazia o sentido de “e”, portanto, de cumulação e não de alternativa. Vale dizer, indenização que se exigirá até

86 Recurso Especial 1.222.723/SC, Relator Ministro Mauro Campbell.

87 Recurso Especial 1.222.723/SC, Relator Ministro Mauro Campbell.

quando o bem afetado possa ser recuperado integralmente, pois deverá ser compensado o prejuízo ecológico interino, entre outras facetas do dano ambiental⁸⁸. Essa a posição atual:

“Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva ... Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados). Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (reductio ad pristinum statum, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prescrição jurisdicional prospectiva), de restauração in natura nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum”⁸⁹.

Caracteriza-se a impunidade ambiental tanto quando a lei simplesmente não é aplicada como quando, embora aplicada, sua eficácia e plenitude restam tolhidas pelo juiz. Aí, em vez de instrumento efetivo de educação e prevenção, a mensagem divulgada é a de que o dano ambiental compensa. Para o STJ “A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar

88 Sobre o dano ambiental transitório, remanescente ou reflexo, assim se posiciona o STJ: “Essa degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadiço de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino ou intermediário), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= dano residual ou permanente), e c) o dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial)” (Recurso Especial 1.198.727/MG, Relator Ministro Herman Benjamin).

89 Recurso Especial 1.198.727/MG, Relator Ministro Herman Benjamin; em outro precedente, assentou-se que “Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura, e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental” (Recurso Especial 1.071.741/SP, Relator Ministro Herman Benjamin).

de aceitável e gerenciável ‘risco ou custo do negócio’, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério”⁹⁰.

8. Princípio *in dubio pro Natura*

Nos últimos anos, o STJ vem desenvolvendo o princípio *in dubio pro Natura*. Ressalte-se que não se deve confundi-lo com o princípio da precaução, embora apresentem pontos de contato, sem falar que ambos se fortalecem reciprocamente.

O princípio *in dubio pro Natura* se manifesta de três maneiras principais. Em qualquer uma dessas, emerge como poderosa ferramenta administrativa e judicial na solução eficaz dos conflitos ambientais.

Primeiro, no *plano substantivo*, em casos de múltiplas possibilidades técnicas igualmente legítimas de atuação (caso do licenciamento ambiental, p. ex.), estabelece que o administrador e o juiz devem atribuir ao ambiente o benefício da *dúvida*, ou seja, seriamente considerar a opção que o melhor proteja, exigindo-se, ademais, que motivem, de maneira extensiva, clara e sincera, as razões para rejeitar a incidência e as consequências do princípio. Em situações de dano irreversível ou de grande vulto, o princípio pode mesmo chegar a obrigar o administrador e o juiz a excluírem as outras alternativas, mais ainda se estiverem em jogo a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

Em segundo lugar, no *plano processual*, o princípio *in dubio pro Natura* age como regra de administração do ônus probatório. Aqui, prevalecem critérios de equidade e eficiência na equação de distribuição da prova entre autores e vítimas de dano ambiental presente ou futuro. Historicamente, segundo o STJ, no “contexto do Direito Ambiental, o adágio *in dubio pro reo* é transmudado, no rastro do princípio da precaução, em *in dubio pro natura*, carregando consigo uma forte presunção em favor da proteção da saúde humana e da biota”⁹¹. E complementa: “Manifestação jurídica da complexidade dos processos ecológicos e da crescente estima ética, política e legal da garantia de qualidade ambiental, o princípio *in dubio pro natura*, na sua acepção processual, encontra suas

90 Recurso Especial 1.198.727/MG, Relator Ministro Herman Benjamin.

91 Recurso Especial 883.656/RS, Relator Ministro Herman Benjamin.

origens remotas no tradicional princípio *in dubio pro damnato* (= na dúvida, em favor do prejudicado ou vítima), utilizado nomeadamente na tutela da integridade física das pessoas”⁹².

Em especial sobre a inversão do ônus da prova (evidentemente não no que se refere ao elemento subjetivo, já que no Direito Ambiental brasileiro, ao contrário do chileno, trata-se de responsabilidade civil objetiva), já decidiu o STJ, em acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, que “Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento”⁹³

Finalmente, no plano hermenêutico, o princípio *in dubio pro Natura* junta-se aos vários critérios bem conhecidos de interpretação da lei, demandando que o administrador e juiz indiquem a) as possibilidades de compreensões possíveis e legítimas de norma ambiental dúbia ou incompleta e b) a partir daí, procedam à gradação entre elas, seriamente considerando, entre todas, adotar a que mais firmemente proteja o ambiente e, se assim não o fizer, obrigando-se a motivar de modo exauriente e lógico sua decisão de desconsiderar a opção mais amiga da proteção ambiental.

Nesta última acepção, lembra muito bem o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que uma das acepções do princípio *in dubio pro natura* é precisamente a de que “havendo diversos sentidos de um dispositivo legal, deve-se privilegiar aquele que confere maior proteção ao meio ambiente”. E explica: “Esse princípio constitui uma exceção à regra hermenêutica de que as normas limitadoras de direitos, como são as normas ambientais, devam ter interpretação estrita. A exceção é justificada pela magnitude da importância do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁹⁴.

Noutro precedente, no mesmo tom, o Ministro Humberto Martins afirmou que “as normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*”⁹⁵. Ou, por outras palavras, reconhece-se que “A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da

92 Recurso Especial 883.656/RS, Relator Ministro Herman Benjamin.

93 Recurso Especial 972.902/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon.

94 Recurso Especial 1.356.207/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

95 Recurso Especial 1.367.923/RJ, Relator Ministro Humberto Martins.

eficácia, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio in dubio pro natura”⁹⁶.

9. Princípio da proibição de retrocesso⁹⁷

Com efeitos triplamente positivos, os ordenamentos jurídicos modernos abraçam a ideia de “progresso da humanidade”. De um lado, ao se apontar, de maneira inequívoca, que nossos países buscarão avançar naquilo que se denomina “progresso”. Por outro, na medida em que não se trata apenas de objetivo de concretização nacional, mas de progresso da e para a humanidade, genuína aspiração constitucionalizada de melhoria universal: progresso planetário, de modo a incluir a totalidade dos seres humanos e a integralidade das bases da vida na Terra, das quais nossa sobrevivência e bem-estar dependem. Finalmente, porque progresso haverá de se entender não só como prosperidade material; ao revés, relaciona-se igualmente com a ampliação permanente do arcabouço de velhos (liberdade, p. ex.) e novos (a qualidade ambiental, p. ex.) valores intangíveis, muitos deles coletivos por excelência e subprodutos da ética da solidariedade e da responsabilidade: a prosperidade imaterial, patrimônio etéreo e impalpável, mas de realidade indiscutível.

Natural, então, que o progresso, como ideia-chave do processo civilizatório, exerça dominação irresistível – um dogma, até –, nas instituições políticas e no instrumental jurídico que lhe dá suporte. Não é à toa, portanto, que se considera, por razões evidentes, uma insuportável e imperdoável aberração a mera hipótese de queda, ou mesmo estagnação, nos padrões de renda, emprego e consumo da população – o pecado mortal do declínio! Ora, se o crescimento econômico contínuo parece ser a única, ou dominante, via de satisfação das expectativas estritamente materiais das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, nada mais justo que, na mesma toada, os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das gerações futuras também observem idêntica índole, o “caminhar somente para frente”.

A proposição nada tem de recente. Não é de hoje que se defende “que a civilização moveu-se, move-se e se moverá numa direção desejável”, conforme resume J. B. Bury, em sua clássica obra de início do Século XX⁹⁸, ou que a humanidade “avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo”⁹⁹.

96 Recurso Especial 1.198.727/MG, Relator Ministro Herman Benjamin.

97 Aqui, utiliza-se fartamente ensaio anterior sobre o mesmo tema. Confira-se: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, p. 55-72.

98 J. B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co., 1920, p. 2.

99 Robert Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. XI.

Sob a cobertura política dessa ideia-chave, surge o princípio jurídico da proibição de retrocesso, que expressa uma “vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma”, constitucional ou não, “que trate do núcleo essencial de um direito fundamental” e, ao fazê-lo, impedir, dificultar ou inviabilizar “a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios”¹⁰⁰. Princípio esse que transborda da esfera dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental.

No plano dogmático, o princípio da proibição de retrocesso vem recebendo marcante atenção na esfera dos direitos humanos e direitos sociais¹⁰¹. Contudo, em nenhuma outra área dos chamados “novos direitos” mais se põe a imperiosidade ético-política e a viabilidade jurídico-material de garantir a manutenção e o progresso das existentes medidas legislativas protetórias do que no Direito Ambiental, disciplina na qual, na abalizada lição de Ingo Wolfgang Sarlet, acha-se “uma importante e peculiar manifestação” da vedação das medidas legislativas retrocessivas¹⁰².

Primeiro, porque seria contrassenso admitir a possibilidade de recuo legislativo, quando, para muitas espécies e ecossistemas em vias de extinção ou já regionalmente extintas, a barreira limítrofe de perigo – o sinal-vermelho do mínimo ecológico constitucional – já foi desrespeitado, quando não irreversivelmente ultrapassado. Num e noutro caso, para usar uma expressão coloquial, não mais há gordura para queimar. Segundo, a matéria de fundo – que reúne, em diálogo íntimo, a perspectiva dos direitos humanos (reconhecidos universal e internacionalmente por acordos e tratados, bem como pela jurisprudência especializada) e dos direitos fundamentais (perfilhados expressamente pela norma constitucional, de Direito interno) – agrega, no plano subjetivo da relação jurídica, o componente das gerações futuras, reconhecidas, de maneira direta, pelo ordenamento brasileiro e chileno, mas sem presença física ou voz nos debates legislativos do presente, mais ainda nos que se visam a retroceder no marco legal, em si mesmo já insuficiente e incapaz de conter a crise ambiental que nos inquieta. Sem falar, claro,

100 Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 298.

101 Na doutrina brasileira, sobre o tema, com enfoque nos direitos sociais, cf. Felipe Derbli, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007; Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010; Narbal Antônio Mendonça Fileti, *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, São José, Conceito Editora, 2009; Mário De Conto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: Uma Análise a Partir dos Pressupostos da Hermenêutica Filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

102 Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 437.

dos milhões de espécies, a maior parte ainda desconhecida da Ciência, nossos parceiros de jornada planetária, com presença física no universo dos seres vivos, mas igualmente sem voz ou capacidade de participação política e jurídica.

Há um terceiro ponto, mais pragmático. É que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso no Direito Ambiental não carrega as fortes objeções orçamentárias que incendeiam o debate em outros campos (basta lembrar o dilema da previdência social); o que se espera, em boa parte dos casos, é um *non facere*, representado, na proteção jurídica do habitat, sobretudo da flora e fauna, como um “não-desmatar”, “não destruir”, “não dilapidar” e “não contaminar”.

Logo, o maior investimento reclamado, não é, por conseguinte, em dispêndio de escassos recursos financeiros públicos, que competem com outras prioridades do Estado, mas em poupança dos recursos naturais que ainda existem. Sabe-se que, pelo menos no Brasil, mas imagino que também no Chile, parcela significativa do orçamento público é hoje utilizada não só no financiamento de atividades que, sem cuidado, pode resultar em forte devastação da Natureza, mas também na recuperação de vegetação degradada, sem falar nas obras de infraestrutura destinadas a prevenir ou remediar perdas de vida e danos patrimoniais incalculáveis decorrentes de enchentes, assoreamento dos rios, deslizamento de encostas e ressacas marinhas.

Cumprir o princípio da proibição de retrocesso, em tal cenário, não acrescenta custos; ao revés, economiza despesas, presentes e futuras, tanto em capital financeiro mal-empregado, como em capital natural dilapidado. Além disso, inverte-se o esquema da “reserva do possível”, frequentemente empregado em debates relativos a prestações positivas e financeiras constitucionalmente reivindicadas do Estado. Assim é porque, a se enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para seus destinatários-beneficiários (= a coletividade) um campo insuperável e perverso de “reserva do impossível”, um conjunto de normas retóricas, sem eficácia prática.

E mesmo que custos, até custos elevados, estivessem associados ao princípio da proibição de retrocesso ambiental (o que não é o caso, repita-se), como se trata de resguardar as bases da vida, e, amiúde, salvar, literalmente, vidas humanas, em nada se justificaria economizar aqui para gastar

acolá, ou, pior, gastar muito mais adiante com medidas de recuperação do meio ambiente degradado, de mitigação e de adaptação.

Questões orçamentárias ou carência de recursos materiais e humanos empalidecem, ou deveriam empalidecer, diante do desafio e da demanda intergeracional de propiciar bases ecologicamente sustentáveis ao nosso progresso, tanto mais no modelo constitucional vigente no Brasil, que elegeu como “foco central o direito fundamental à vida e à manutenção das bases que a sustentam, o que só pode se dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável”¹⁰³.

Apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na Constituição do Brasil e Chile, nem expressamente em normas infra-constitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, é seguro afirmar que a proibição de retrocesso transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete, particularmente, a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, cuida-se de princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental. Além disso, princípio geral já que as bases e conteúdo ecológicos (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiper-proteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção) da proibição de retrocesso estão claramente afirmados na Constituição e nas leis ambientais. Tanto a legislação ambiental, como a jurisprudência optaram por esse “caminhar somente para a frente”.

Note-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente, se organiza, acima referimos, em torno de bem revelados e fixados núcleos jurídicos duros (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona

103
p. 113.

Carlos Alberto Molinaro, *Direito Ambiental: Proibição de Retrocesso*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007,

de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos imperativos jurídico-ambientais mínimos. No caso brasileiro, p. ex., “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, caput); na Constituição chilena, p. ex., “medio ambiente libre de contaminación” (artículo 19 numeral 8).

Princípio geral ainda porque tanto a legislação, como a jurisprudência¹⁰⁴ brasileiras, perfilham, sem meias-palavras, o princípio da melhoria ambiental¹⁰⁵. Ora, prescrever a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é até dizer mais do que ambiciona o princípio da proibição de retrocesso, pois não bastará manter ou conservar o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá.

Desnecessário, aqui, esquadrihar, em profundidade, os contornos mais precisos do princípio da proibição de retrocesso¹⁰⁶. Basta indicar, pela sua relevância, que ainda se debate, na doutrina, se nele se encontra uma conformação estática e absoluta ou, ao contrário, uma realidade dinâmica e relativa.

Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do “controle de proporcionalidade”, o que interditaria, “na ausência de motivos imperiosos” ou justificativa convincente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Consequentemente, haverá, sempre, de se exigir do legislador uma cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do status quo de tutela dos bens jurídicos em questão. Isto é, a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta deve ser atestada, “a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada”, abrindo

104 O Superior Tribunal de Justiça, p. ex., já decidiu que “Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, caput, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão direito de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie” (Recurso Especial 769753/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, grifei).

105 Interessante notar que, no Chile, a Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente reconhece o princípio da melhoria ambiental como integrante da expressão “protección del medio ambiente”, definida como “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro” (artículo 2º, “q”).

106 Interessante notar que, no STJ, o princípio vem sendo utilizado até no Direito das Sucessões, confira-se, p. ex., precedente da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, da Seção de Direito Privado, em que se afirma que, mesmo nas relações jurídicas estranhas ao Direito Público, exige-se “respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social, que proíbe sejam extintos do ordenamento direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito” (Recurso Especial 1.329.993/RS). No mesmo sentido, REsp 1.472.945/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

do-se, para juiz, “fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico”, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que “se imiscuir nas escolhas políticas”¹⁰⁷.

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí decorrendo que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”¹⁰⁸.

Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui uma camisa de força ao legislador e implementador, mas impõe-lhes limites não discricionários à sua atuação.

Especificamente, quanto à proteção de biomas, ecossistemas e espécies, o juiz, diante do caso concreto, deverá se perguntar: as alterações legislativas ou políticas de implementação reduzem, mantêm ou ampliam as garantias do meio ambiente? Asseguram a proteção dos “processos ecológicos essenciais”? Escudam, eficaz e eficientemente, as espécies ameaçadas de extinção? Aumentam ou diminuem os riscos ambientais a habitats vulneráveis? Estabelecem, naquilo que se revisa ou modifica, alternativas técnicas capazes de alcançar os mesmos ou similares resultados da norma ou política de implementação revogada? Restringem, enfraquecem ou mantêm o grau de dificuldade de execução, bem como de cobrança administrativa e judicial (os chamados custos de transação da execução da lei)?

Em síntese, no controle judicial de retrocesso ambiental não se deve esquecer que a degradação ambiental, vista como custo social, não passa de tributação das gerações futuras, encargos esses que os nossos

107 Isabelle Hachez, *Le Principe de Standstill dans le Droit des Droits Fondamentaux: une Irréversibilité Relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 658-660.

108 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 380-381.

descendentes não participaram da sua imposição política. Difícil ao juiz chegar a juízo de valor que resulte de balanceamento equânime entre os benefícios e malefícios – materiais e imateriais, econômicos e ecológicos – de decisão legislativa ou política de implementação do presente, cujos resultados perversos só se revelarão por inteiro no futuro, inclusive o mais remoto.

Difícil, sim, mas não impossível, nem muito menos dispensável. Na verdade, o juiz brasileiro e chileno são chamados a fazer juízos prospectivos, numa dimensão de complexidade que muito supera a categoria dos lucros cessantes, tão comuns nas ações de responsabilidade civil. Essa tarefa se mostra mais dificultosa quando o juízo prospectivo vai além do caso concreto, traduzido na lide, ao demandar julgamento do próprio texto da lei, de sua índole geral, do grau de proteção ou desproteção de inteiros habitats ou populações afetadas.

Também os juízes devem conservar em mente que os instrumentos do Direito Ambiental não corroem, nem ameaçam a vitalidade produtiva do Brasil e Chile, nem a velocidade de sua inclusão entre as grandes economias do planeta; tampouco pesam exageradamente na capacidade financeira do Estado ou se apresentam como contrabando legislativo, um devaneio imotivado de legisladores desavisados ou irresponsáveis. Ao contrário se inserem no âmbito da função social e da função ecológica da propriedade.

Consequentemente, reduzir, inviabilizar, enfraquecer, ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da Natureza, nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, do que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e desmatar) partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passa a podê-lo; ou, então, a quem não podia contaminar e é liberado para poluir. Tudo às custas do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional e da própria qualidade de vida tão festejada nas Constituições recentes.

Retroceder agora, quando mal acordamos do pesadelo da destruição ensandecida dos processos ecológicos essenciais nos últimos 500 anos, haverá de ser visto, por juízes, como privatização de inestimável externalidade positiva (= os serviços ecológicos do patrimônio natural intergeracional), ignorando a também incalculável externalidade negativa (= a destruição de biomas inteiros e da saúde das pessoas), que acaba socializada com toda a coletividade e seus descendentes.

10. Princípios de Direito Ambiental e três modelos judiciais a evitar

Nos juízes estão os maiores, embora não os únicos, destinatários dos princípios ambientais, na medida em que carregam conteúdo e método para a boa interpretação e aplicação do Direito. A eles se submetem também o Administrador, o legislador (no caso dos princípios constitucionais) e os sujeitos privados.

Não escampam tais princípios de tríplice dilema enfrentado pelo juiz do litígio ambiental. Aqui, três sentimentos opostos devem ser evitados. Primeiro, a visão equivocada de que o juiz pouco ou nada pode fazer em favor da proteção do meio ambiente. É o senso de inescrutabilidade judicial do conflito ambiental, sob o pressuposto de que o litígio por recursos naturais, pela dimensão coletiva e global, carrega problemática de altíssima complexidade técnica, ética e política, a qual, por isso mesmo, melhor se insere na esfera da Administração Pública e do mercado. De outro lado, ao oposto, o pensamento, igualmente impróprio, de que o juiz tudo pode e que, sozinho, terá condições de reverter milênios de degradação da Natureza. Terceiro, a ideia, não menos inapropriada, de que o juiz, no processo em que se digladiam teses acerca do uso ou mau uso dos recursos naturais, deve “higienizar”, “banalizar” ou “vulgarizar” o litígio ambiental, de modo a que se encaixe nos confins bem conhecidos do Direito geral e a ele se possam aplicar referências hermenêuticas abstratas e comuns, os padrões tradicionais da prática jurídica centenária, como a noção de *homo medius*.

10.1 Judiciário-Espectador

Quanto ao primeiro modelo – impotência dos juízes e conveniência de “lavar as mãos” –, denomino-o de judiciário-espectador, um não-ator institucional, ou ator periférico, no enfrentamento da crise planetária. É o modelo do *laissez-faire* ambiental, em que lei e juiz continuam a ser vistos como ferramentas do Estado para a proteção fundamentalmente da propriedade e do contrato. O resto – todo o resto – integraria o domínio reservado às políticas públicas e à discricionariedade administrativa, território proibido a questionamentos judiciais, exceto em raras e delimitadas situações, por isso mesmo excepcionais.

Claro, não encontraremos nenhuma lei que diga, expressa e abertamente, que os juízes devem se manter distantes dos conflitos ambientais. Ou instituições que preguem aos quatro ventos a apatia judicial ambiental, o conformismo absoluto com o estado da Terra. O sistema jurí-

dico alcança esse resultado pela via oblíqua, pelo não-dizer, ao manter os mesmos padrões legais, substantivos e processuais, que por séculos orientam a prática judicial, em si a grande legitimadora, por ação ou inação, da destruição e contaminação dos recursos naturais. Outro artifício se dá pelo uso de instrumentos processuais, como quando se veda legitimação para agir às vítimas ambientais ou a seus representantes organizados. Ou, finalmente, quando o sistema jurídico ergue tantas barreiras legais e extralegais na tramitação judicial do litígio (custos, ônus da prova, formação da coisa julgada, prescrição curta) que o resultado prático é transformar a possibilidade de prestação jurisdicional em mera utopia inalcançável para o potencial litigante.

Variados são os argumentos colecionados para sustentar, política e tecnicamente, esse entendimento de lavar as mãos. Afirma-se que os conflitos ambientais frequentemente traduzem natureza muito complexa (pense-se na poluição industrial, na contaminação do lençol freático por substâncias tóxicas, ou no estabelecimento do nexo de causalidade num caso concreto de extinção de espécie). Faltariam ao Judiciário suporte humano e técnico e também experiência para lidar com matéria tão misteriosa e intrincada.

Acrescenta-se ainda que os litígios ambientais nem sempre se apresentam de maneira cristalina, de modo a se encaixarem perfeitamente nos moldes da lei, o que obrigaria os juízes a ingressarem no terreno pantanoso (a eles vedado) dos confrontos políticos e das opções políticas, domínio por excelência de outros atores do Estado, sobretudo os representantes diretamente eleitos pelo povo, aos quais não se pode imputar (como aos juízes) a pecha de ilegitimidade democrática. Finalmente, alega-se que conflitos ambientais demandam atuação rápida, o que seria incompatível com a reconhecida morosidade do Judiciário que, decorrência de sua burocracia e rituais técnicos, termina por virar um entrave ao crescimento econômico.

Ora, nenhum desses argumentos em defesa do judiciário-espectador se sustenta. Juízes, nos seus afazeres tradicionais, diariamente lidam com questões de alta complexidade humana ou tecnológica, que levam ao limite sua capacidade de decidir em situações extremas, como nos conflitos familiares, nas incertezas relativas à proteção dos menores, idosos, enfermos e pessoas em coma, indivíduos que amiúde não contam com capacidade plena de manifestar livre e conscientemente sua vontade. Ou quando se defrontam com dificuldades técnicas e tecnológicas de toda ordem, ao julgar litígios de propriedade intelectual ou reprodução assistida. Para bem

sentenciar, o juiz não precisa transformar seu gabinete em universidade ou instituto de pesquisa especializada. É para isso que possui o poder de determinar perícias, mesmo aquelas mais complicadas, que exijam a cooperação entre vários campos do conhecimento.

Por outro lado, a morosidade do judiciário, fato inegável, aceita correção e alívio com inovações legais e materiais, não devendo constituir argumento para afastar o judiciário de um único tipo de conflito, o ambiental. Ao juiz, especialmente o do civil law, espera-se que respeite a tênue fronteira entre o legal e o político. De novo aqui inexistente óbice à atuação dos Tribunais, na medida em que não se deve confundir aplicação de políticas públicas legisladas com criação judicial de políticas públicas.

Ao afastar essa primeira tendência, a de que o juiz pouco ou nada pode na esfera da conflituosidade dos recursos naturais, o STJ assim se manifestou, em precedente de Direito Urbanístico, mas plenamente aplicável ao Direito Ambiental:

“Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável”¹⁰⁹.

Voz poderosa, realmente, e, precisamente por isso, deverá refletir o pensamento da lei e dos princípios que orientam o sistema normativo, evitando-se que a visão particular do juiz, como ativismo pessoal, se sobreponha ou, pior, contrarie ou obste, a voz do legislador.

10.2 Judiciário-Ativista

Sobre a segunda tese, a do juiz que tudo pode – espécie de super-homem ambiental –, creio ser correto adotar idêntica cautela que nos leva a recusar o modelo do juiz-espectador, para concluir que, na governança ambiental, crescentemente vivemos estágio do judiciário-protago-

nista, ou para ela caminhamos. Juiz protagonista, sim; juiz ativista ou militante, não; necessário não confundir as duas expressões, nem tomar uma pela outra.

A intervenção judicial no terreno ambiental é fenômeno que resulta de uma série de desenvolvimentos políticos e legais a partir da Conferência de Estocolmo em 1972. De um lado, tratados e documentos internacionais passaram a demandar que os Estados legislassem – e legislassem de forma efetiva, inclusive com a possibilidade de exigibilidade judicial – na proteção do meio ambiente. Claro, leis são promulgadas para, se violadas, serem executadas, inclusive judicialmente. Além disso, boa parte dos países do mundo “esverdeou” suas Constituições, dessa forma alterando o patamar da proteção do meio ambiente, que deixa de ser simples paradigma legal para se transformar em um paradigma constitucional. Evidentemente, essa não é, nem pode ser, mudança apenas cosmética. Por último, sobretudo a partir da Conferência do Rio, em 1992, a ênfase da comunidade internacional moveu-se na direção da implementação efetiva das políticas ambientais e, cada vez mais, da legislação editada para proteger os recursos naturais.

Acima já se referiu que atualmente as Constituições nacionais (inclusive a do Brasil e Chile) reconhecem, expressamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou expressão semelhante, (a terminologia adotada varia muito entre os vários textos constitucionais), algumas indo além para atribuir uma função ecológica ao direito de propriedade (de novo, o caso do Chile e Brasil). Ora, impossível o reconhecimento de direitos, sem deveres conexos e, mais importante, sem aceitar, pelo menos em tese, a legitimidade da intervenção do judiciário na sua garantia concreta. Ademais, modernamente é impossível separar o componente ambiental da proteção de direitos e bens tradicionais, como a saúde e o patrimônio. Também não se pode esquecer que, no novo constitucionalismo, o Estado de Direito ocupa lugar central. E inexistente Estado de Direito sem sustentabilidade ecológica.

Sobre essa segunda incompreensão do papel do Judiciário no âmbito da litigiosidade ambiental (juízes ativistas), há julgado do STJ que aborda, diretamente, a questão, precedente que, embora tome por referência a vastíssima legislação brasileira, por certo não contradiz a realidade legislativa da América Latina e, em particular, do Chile:

“No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem pas-

*sado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador*¹¹⁰.

Entre o juiz-espectador e o juiz-ativista, nota-se uma terceira categoria, a do juiz-asséptico, que pretende encaixar e manejar o litígio ambiental como se pouco ou nada diferisse da litigiosidade ordinária, daí desconsiderar a conveniência e, em certos casos, até a imprescindibilidade, de princípios, instrumentos e soluções técnico-processuais específicos capazes de enfrentar suas peculiaridades.

10.3 Judiciário-Asséptico

Finalmente, não condiz com suas crescentes responsabilidades planetárias a posição do juiz que enxerga o litígio ambiental como se fosse mais um no oceano de conflitos humanos comuns e banais, que chegam à sua mesa, pouco diferente de acidente de trânsito, briga de vizinhos ou separação de casais. Assim, ao homogeneizar ou vulgarizar as disputas ambientais, jogando-as na vala comum dos processos ordinários do cotidiano, fica à vontade para utilizar técnicas convencionais de auxílio à decisão judicial, como a figura do homo medius. Não é o conflito ambiental que deve ser equiparado aos conflitos comuns, mas o juiz do litígio ambiental que se deve colocar, sem luvas ou máscara de proteção, no lugar, frequentemente infeliz e desesperado, das vítimas da degradação do meio ambiente. Aqui, também, o STJ já se posicionou:

*“[J]amais o juiz se deve despir da sua condição de ser humano, em pé de igualdade com todos os seus jurisdicionados, fortes e débeis, ricos e pobres, cultos e analfabetos, organizados e isolados. Acertará, ética e legalmente, se a si fizer a mais singela (e lógica) das perguntas: ao colocar meu filho na situação das vítimas, anuiria a tal nível de exposição individual ou coletiva, divisando-o como suficiente para dar integral cumprimento à prescrição constitucional de salvaguarda da saúde e da dignidade da pessoa?”*¹¹¹.

Precisamente por não escapar de ser tão humano quanto os sujeitos de seus julgados, o juiz ambiental, com frequência, sofre críticas de toda

110 Recurso Especial 650.728/SC, Relator Ministro Herman Benjamin.

111 Recurso Especial 1.310.471/SP, Relator Ministro Herman Benjamin.

ordem. De um lado, por conta de imaginária “parcialidade” na sua intervenção, “parcialidade” esta que decorre do próprio texto constitucional e da lei, ao atribuir tratamento mais favorável aos sujeitos vulneráveis e prever técnicas duras de solução do conflito, como a responsabilidade civil sem culpa; por outro, de maneira mais ampla, ao se questionar o acerto da própria opção legislativa de abrir as portas do Judiciário aos litígios relativos ao uso dos recursos naturais.

11. Crítica à “judicialização ambiental”

Vozes isoladas, aqui e ali, nem sempre de forma direta e aberta, censuram a judicialização da questão ambiental e, especificamente, a utilização dos princípios ambientais. Sem condições de aprofundar a discussão, diga-se que a razão verdadeira para tal sentimento não é nenhuma daquelas acima apontadas (complexidade dos conflitos ambientais, morosidade do Judiciário, opções políticas em vez de jurídicas). Em realidade, o que causa desconforto, quando não antagonismo verbalizado até pela doutrina, é o simples fato de que a proteção do meio ambiente redistribui valor ecológico-econômico. E, ao fazê-lo, altera, na sociedade, a partilha de poderes tanto substantivos (p. ex., no direito de propriedade), como processuais (legitimação para agir e ônus probatório). É a função redistributiva do Direito Ambiental, algo que se associa ao princípio da função ecológica da propriedade, ao princípio da natureza propter rem das obrigações ambientais, ao princípio *in dubio pro Natura* e outros tantos.

Quando se fala em intervenção judicial na proteção do meio ambiente, a rigor temos dois aspectos em mente, que precisam ser identificados e separados. A função mais ordinária e menos controvertida do juiz no campo ambiental é a de decidir sobre o respeito, particularmente pelo Estado, aos procedimentos formais determinados pela lei. Aqui, sua missão, menos combatida, é fundamentalmente a de assegurar espécie de *due process* ambiental, em que se analisa, p. ex., a regularidade do licenciamento ambiental, a integridade do Estudo de Impacto Ambiental, a realização de audiências públicas, os vários passos e formalidades do processo de criação de uma área protegida. É controle judicial formal e, por conta disso, “controle ecológico raso”.

Mais difícil é quando o juiz vem chamado a fazer controle judicial de mérito, em que dele se espera que, direcionado pela Constituição e lei, realize opções técnicas e internalize custos ambientais – é “controle ecológico profundo”. Alguns dos princípios ambientais referem-se a este; outros, àquele.

12. Conclusão: juízes e os desafios da prática dos princípios ambientais

Quais os desafios que para nós, juízes, reserva o futuro próximo? Creio que o mais perceptível é o manuseio do volume de fontes legislativas crescentemente complexas, heterogêneas e fluidas, que exigem esforço extra para identificar e sistematizar princípios que delas derivam. Essas normas, ademais, trazem conceitos que desafiam a própria tradição do Direito ocidental, baseado na certeza e segurança, a começar com o próprio termo meio ambiente. Uma grande diversidade de fontes – internacionais, nacionais e, cada vez mais, municipais – casada com a necessidade de acomodar o caráter estático da lei à evolução científica e tecnológica permanente.

Para mim, contudo, o mais marcante de todos os desafios tem a ver com inadiável mudança da atitude judicial, mas igualmente legal, de deixar o juízo restrospectivo, o “direito de danos”, que olha para trás, e caminhar para o juízo prospectivo, o “direito de riscos”, guiado pela referência do futuro, próximo e até longínquo. Uma evolução que envolve a legislação substantiva, mas também a dimensão processual.

Nesse contexto de judiciário ambiental em permanente fluxo, uma possibilidade, ou talvez uma exigência, não estou certo, que se coloca é a especialização da primeira instância e, em alguns casos, até da Segunda Instância dos Tribunais, como ocorreu com o Tribunal de Justiça (Corte Suprema provincial) de São Paulo, que criou duas Câmaras dedicadas exclusivamente aos recursos ambientais. Outra demanda, talvez mais premente, será o contínuo aperfeiçoamento pessoal, pois se os juízes sempre podem contar com peritos para auxiliá-lo na solução das questões técnicas associadas ao litígio, o maior perito, ao final das contas, em Direito Ambiental, como disciplina jurídica, deve ser ele próprio, espera-se.

Finalmente, impõe-se alertar, o juiz não será capaz de proteger o meio ambiente sem um câmbio cultural, que positivamente contamine toda a sociedade. Mudar a lei pode até ser fácil; agora, transformar práticas econômicas e anti-ecológicas historicamente arraigadas, centenárias ou milenares, desafiará sempre qualquer regime jurídico ou nação. Esse aspecto não passou despercebido em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“No Brasil, ‘derrubar’ e ‘substituir o velho pelo novo’ sempre foram a palavra de ordem do dia, na cidade e no campo. No espírito do brasileiro, talhado em 500 anos de história de conquista do natural e do anterior, o progresso termina por virar sinônimo de negação de valor e legitimidade ao passado e ao futuro, à medida que o nosso

*immediatismo só nos permite reconhecer a identidade, a legitimidade e as necessidades do presente. A ser assim, a tendência natural é rejeitar, desacreditar ou obstaculizar qualquer regime jurídico que se ponha no caminho do trator, do guindaste, da dinamite, da motosserra, do descaso, do clientelismo, ou da inocente ignorância*¹¹².

Não é fácil, realmente, a missão dos juízes no campo ambiental. No entanto, não haverá de ser tão mais espinhosa, nem complexa, do que decidir questões de vida ou morte, de amor ou ódio, de mando ou impotência, de abundância ou fome, todas tão comuns na prática judiciária, sobretudo na América Latina. E se, como sabemos, leis não faltam, então basta querer.

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

Moderador Sr. Javier Serrano

Siguiendo un orden lógico, vamos a empezar por las preguntas que se han formulado a los primeros intervinientes en la sesión de este segundo panel, manteniendo el orden de intervención.

Señor Jerry de Marco, los participantes del Foro están interesados en conocer si esa convivencia entre jurisdicción común y tribunales administrativos, no produce distintos criterios ante situaciones similares a la hora de adoptar determinadas resoluciones; el papel indígena en la resolución de la intervención; cómo se soluciona el problema de dependencia del staff de cada uno de los Tribunales que integra ese clúster y qué expectativas y que retos tiene el clúster de cada futuro.

Sr. Jerry de Marco

La jurisprudencia entre los Tribunales medio ambientales especializados y los Tribunales generales, me parece que la pregunta es ¿si existe una divergencia o una congruencia, una convergencia entre estos dos? En términos generales estas dos corrientes de jurisprudencia son bastante convergentes, más que divergentes. Los Tribunales especializados han sido líderes de nuevos principios, quizás antes que la Corte, pero no tienden a interferir con las decisiones de los Tribunales. Incluso pese a estar tomando nuevos enfoques o nuevas aristas existe un alto nivel de diferencia con respecto al raciocinio de los Tribunales medio ambientales en Canadá, por ejemplo en Ontario tenemos un Tribunal y solo una de sus decisiones, en estos últimos quince años, ha sido revocada por un Tribunal general.

Los temas indígenas en Canadá son de los aspectos más importantes en la justicia medio ambiental. Muchos de los temas relacionados a la contaminación tienen que ver con las primeras naciones indígenas, incluyendo aquellas que viven en el extremo norte. En los últimos años muchos de ellos han utilizado derechos constitucionales especiales, ya que en Canadá tenemos en la Constitución un reconocimiento de los derechos aborígenes y gran parte de los casos medio ambientales están relacionados con derechos aborígenes. Así que esas comunidades están utilizando los Tribunales cada vez con mayor frecuencia.

Tendría que decir que casi todos los litigios se realizan a través de los Tribunales generales, ya que tienen que ver con los asuntos generales más que medioambientales, pese a que el Tribunal en que estoy yo tiene que ver con temas constitucionales a su vez.

Respecto de los desafíos que vemos en el futuro para estas agrupaciones o clúster, puedo agregar que muchas jurisdicciones están mirando a Canadá para ver si este concepto de “los aglomerados” y los clúster realmente funciona. Mi propia perspectiva es que se puede hacer bien o mal, es indistinto para cada tipo de modelo, no es una solución para cada problema, ni tampoco una causa. Si el clustering se toma como un medio para poder reducir los presupuestos de los Tribunales y se utiliza exclusivamente para propósitos de eficiencia, entonces tengo serias preocupaciones al respecto, pero si se utiliza como medio para compartir mejores prácticas y proporcionar liderazgo a los tribunales que no han tenido los recursos para poder desarrollarse de forma apropiada, entonces podría ir en la dirección correcta. Por el momento el vaso está vacío para el tema del *clustering*, no sabemos si se va a llenar de forma apropiada o va a permanecer vacío. Esa es mi labor la verdad.

Moderador Sr. Javier Serrano

Le preguntan al Fiscal de España, a partir de una denuncia por daño ambiental, ¿Cómo actúa la Fiscalía, cuáles son sus competencias y capacidades para actuar?; si se incluye el daño ambiental; la relación entre la vinculación de la norma penal y la norma administrativa, desde el punto de vista de su accesoriadad o primacía y el tipo de la antijuridicidad, que se entiende por reglamentos generales, ¿ Cuándo en el derecho español se castiga a través del delito ambiental?

Sr. Antonio Vercher

Las competencias son absolutamente generales, es decir, basta observar algo extraño en la calle para que la Fiscalía actúe, es decir sí se puede utilizar simplemente la perspectiva visual del fiscal y una comprobación directa en relación con un determinado problema ambiental, que puede revestir las características de delito o incluso de infracción administrativa. En mi ponencia no mencioné que la Fiscalía también es competente en lo contencioso administrativo. Lo que pasa es que la intervención de la Fiscalía es mucho más potente en el ámbito penal, porque evidentemente las infracciones ambientales más graves son las

que más nos preocupan. Por otra parte, hay una cantidad importante de ONG que actúa bastante en el ámbito administrativo, lo cual nos da cierto margen de maniobra. Retomando la idea, puede ser por una denuncia, puede ser por una comprobación que haga directamente el fiscal, puede ser por un escrito anónimo, siempre y cuando se efectúe una primera corroboración que la puede hacer el fiscal directamente, todo esto permite continuar sin ningún tipo de limitaciones y sin eufemismos, directamente.

El tema medio ambiental es algo interesante, porque en España ejercemos la acción penal y la acción civil conjuntamente. Es decir, si eres consciente de la existencia de un delito contra el medio ambiente y eres consciente además de que se ha producido un daño ambiental, pides a lo mejor una determinada pena y pides una indemnización. Hace tres semanas atrás conseguimos una condena de 17 años de cárcel en contra de un incendiario forestal, e iba aparejado con 5 millones de euros como consecuencia de los daños provocados en el entorno. No solo calculamos el daño a la flora y la fauna, sino que además calculamos la incidencia que el incendio tiene en el acuífero, porque como ustedes sabrán una vez acaecido el incendio, tan pronto se produce una lluvia, hay una filtración al acuífero que lleva residuos como consecuencia de este incendio que contamina potentemente el acuífero, pero además ocurre que el suelo se convierte en impermeable y deja de permeabilizar el agua, deja de absorber agua. Entonces, acá tenemos en primer lugar un daño como consecuencia de los aspectos negativos de contaminantes que ingresan en el acuífero, y acto seguido, deja de incorporarse agua



Moderador Sr. Javier Serrano

al acuífero. Actualmente y con la colaboración del Instituto Geológico y Minero de España, estamos tomando en consideración ese tipo de elementos. Entonces, cuando se trata de incendios de más de 300 hectáreas se incluye también esa valoración. Hay un aspecto interesante; la actual Ley de Responsabilidad Medioambiental española, del 23 de Octubre del 2007, que incorpora una directiva del 2004, no solamente atiende al principio “el que contamina paga”, sino que el principio “el que contamina repara”. Lo que se obliga no es a pagar una cantidad en alzada, sino que empezar a trabajar para reparar aquello. Se está pagando en cuanto el daño persiste y tan pronto esté resuelto el daño se deja de pagar. Sin olvidar la famosa sentencia norteamericana de *Amocco Production versus Village of Gambell Alaska*, donde el Tribunal Supremo deja perfectamente claro que si hay un desastre ambiental es prácticamente imposible que volvamos a la situación inicial. Hay aspectos que jamás se van a poder afrontar económicamente, porque ni siquiera estamos en condiciones técnicas adecuadas para poder hacer esa valoración.

La relación entre la norma penal administrativa; este punto es interesante, porque esta mañana ha habido alguna pequeña reflexión respecto de lo bueno que es el contexto administrativo frente al contexto penal, que va más rápido y que podemos aplicar el principio *in dubio pro natura*, mientras que en penal esto es impensable en Europa; si es un delito, es un delito y se acabó, no hay más cera que la que arde, y si es una infracción administrativa, es una infracción administrativa. No puede ser, hoy me levanto y me voy por lo administrativo porque hoy estoy más inspirado, eso no es posible. Si hay un hecho delictivo y yo no procedo, evidentemente cometo un acto de prevaricación y se acabó, si continúa la investigación y veo que el hecho no es infracción penal, pero sí infracción administrativa, lo que hago inmediatamente como Fiscal es comunicarme con la administración pasarle el tanto por culpa y ésta determinará si hay una infracción de carácter administrativo ambiental y si procede exigir alguna determinada cantidad.

Respecto de la antijuricidad se habla de los reglamentos y aspectos administrativos complementarios de la norma penal en blanco, esto posiblemente se debe a la redacción original del delito contra el medio ambiente en España, con el antiguo artículo 347 bis (introducido en el Código Penal de 1973 y que tuvo vigencia entre 1983- 1996), que decía el delito constituye emisiones o vertidos con infracción del reglamento; ahora no es así. La redacción actual del artículo 325, que es la que se está aplicando, habla de infracción de normas generales administrativas

de carácter ambiental. Lo que ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo de una forma sensata (y el Tribunal Supremo español ha trabajado de una manera extraordinaria sobre este punto) es que, en el presente momento podemos completar una norma penal en blanco utilizando tanto una norma comunitaria, que no constituye todavía norma nacional, porque no se ha traspuesto en el orden jurídico español, pero que mediante el principio del efecto directo creado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esa obligación existe. Entonces, podemos utilizar una norma comunitaria no traspuesta en el ámbito nacional tanto como una norma de ámbito local, por ejemplo un bando de un ayuntamiento ante una situación de catástrofe. Lo que dice la jurisprudencia es que la norma complementaria de la norma penal en blanco tiene que tener las características propias de la propia norma; no puede ser una directriz interna del funcionamiento de cualquier estamento público, de cualquier estamento administrativo. Otro aspecto que es absolutamente esencial para completar la norma penal en blanco: la norma utilizada para completar tiene que ser una norma sustantiva.

En España tuvimos un serio problema con las tomas de muestras, porque cuando empieza a actuarse en el ámbito penal por temas de medio ambiente, no hay normativa sobre cómo se tienen que tomar las muestras, por lo tanto lo que hace la administración de justicia es utilizar la normativa administrativa que hay en tomas de muestra, por ejemplo: si se le da productos como el clembuterol a una res, la norma administrativa determina que se sacrifica la res y se da una muestra al particular propietario de la res y al inspector, cada uno hace su propia analítica y esta analítica se incorpora al procedimiento administrativo. Ahora, el procedimiento administrativo tiene algunos principios distintos al procedimiento penal. Al tomarse esta forma de actuar nos encontramos con situaciones absolutamente kafkianas, como por ejemplo al aplicarse esta metodología, los abogados que son especialistas en materia de tráfico de estupefacientes, cuando aparece un barco con 500 kilos de droga, lo que dicen es dado que, en materia administrativa, cada uno se lleva su parte de muestras, entonces deme a mi medio kilo de cocaína que me lo llevo a casa y luego nos veremos en los juicios.

Hubo un momento en que el Tribunal Constitucional viendo aquello y sobre todo planteando el tema del tráfico de estupefacientes, dijo, esto no puede ser y en una sentencia paradigmática del 22 marzo de 1999 el Tribunal Constitucional dice, el procedimiento penal está basado en los principios de concentración o realidad e inmediación, por tanto supone que la prueba se tiene que practicar delante de un juez, que es la figura



Público Segundo Panel

esencial en la materia, y es él quien tiene que quedar convencido con la practica todos estos aspectos. Y a la pregunta de cómo ejercemos la contradicción, se responde pues si a usted le parece mal como se ha hecho la analítica por parte de la policía delegada por el juez, dígalo en el juicio oral, pero de ahí a que usted se lleve parte del vertido a su casa y por la tarde al cine y por la mañana salga a pasear el vertido en un pequeño recipiente, hay un largo trecho. Lo que no se puede hacer es delegar a los particulares la práctica de la prueba y todo se tiene que concentrar delante del juez que, insisto, es la figura esencial, primordial, básica a la hora de exhibir la materia.

Moderador Sr. Javier Serrano

Las siguientes preguntas van para la Señora Kathie Stein y básicamente están referidas al proceso de participación del público en materia de justicia ambiental, se pregunta si la aplicación del principio de justicia ambiental se realiza en el proceso de evaluación ambiental o con posterioridad a este y la participación del público en ese proceso. También se consulta respecto de la sanción que se impuso en el caso del derrame de petróleo en el Golfo de México, específicamente el monto.

Sra. Kathie Stein

Haré lo mejor para responder esta pregunta, pese a que la evaluación de impacto ambiental no está dentro del área que yo veo regularmente

en el Tribunal. El proceso de evaluación medio ambiental, que por lo general se aplica bajo la ley de protección medio ambiental, lo enfrenta un nuevo proyecto que quiere ser desarrollado y ver cuáles son sus impactos. Entonces se analizan distintos aspectos.

El tema del derrame de petróleo no se vería en la evaluación de impacto normal, se vería a través de distintas aristas. Obviamente existe un litigio pendiente pero las distintas formas bajo las cuales esto se consideraría serían un caso penal, que tendría distintos tipos de multas; podrían haber casos civiles; también hubo un proceso bajo el cual la gente que fue afectada directamente por el derrame recibió una ayuda para su recuperación, ese fue un proceso de por sí separado. Finalmente sumado a las penas o la medida cautelar, en Estados Unidos tenemos un proceso asociado a los daños de recursos naturales, que son soluciones después de la limpieza.

Moderador Sr. Javier Serrano

Para el presidente de la Corte Suprema hay varias preguntas relacionadas con los principios de Derecho Ambiental y el valor que se le da. Se pregunta por el valor que se le da en la Corte al principio precautorio como principio general del derecho, si considera que algunos principios ambientales se han transformado de alguna manera en derecho internacional consuetudinario y qué tratados ambientales tienen aplicación directa en el ordenamiento jurídico chileno.

Sr. Sergio Muñoz

He reiterado que el sistema de fuentes, por lo menos de lo que me concierne, es de amplio espectro y están las normas constitucionales, las normas legales, las normas reglamentarias y por el lado están los principios que inspiran todas estas normativas. Efectivamente nosotros hemos aplicado tanto el principio preventivo como el principio precautorio, porque como dijo el mismo Antonio Benjamin: el derecho del medio ambiente no es un derecho de daños, si no es un derecho de riesgos y lo que se debe evitar es que el daño se produzca. Si este es de alguna manera determinado con anterioridad no debe sobrepasar los estándares permitidos por la legislación y en todo caso si así ocurre, debe de alguna manera también advertirse en las medidas de mitigación o reparación que correspondan y tengan asociadas estas conductas.

Nosotros hemos aplicado los principios relativos a estas áreas en varios fallos y ellos están recogidos en la normativa nuestra, en algunos casos directamente en la Ley de Bases del Medio Ambiente (N°19.300) y otros están enumerados en las declaraciones que han suscrito nuestros Presidentes en diferentes tratados y convenciones.

En el orden de los tratados internacionales el profesor Llanos en su libro precisó que el término “tratados internacionales” era un concepto amplio que no era sinónimo de “tratado solemne” sino que invocaba, desde la convención, al tratado propiamente tal, al *modus vivendi*, al pacto *in contrahendo* e incluso a las declaraciones y otros instrumentos que comprometían al Estado, por cuanto existen diferentes maneras en que se puede adoptar un compromiso y en cada una de ellas va estableciendo lo que es el honor del Estado para que efectivamente se cumpla. Tenemos bastantes tratados, pero por señalar uno que ha estado muy en boga, el Acuerdo 169 de la OIT, que en el caso de nuestro país, por lo menos hemos estimado que tiene directa aplicación en el derecho interno porque fue ratificado por todas las vías que correspondían. Entonces no puede de alguna forma hacerse lugar a lo que ha solicitado cierta doctrina, que esta es una declaración que requiere una normativa interna y que por lo tanto no sería autoejecutable.

Lo que no he aceptado nunca es que se haga la diferencia que realizó la Corte de Estados Unidos, para evitar el cumplimiento de los compromisos internacionales en dos vertientes, la autoejecutabilidad y la no autoejecutabilidad de los tratados internacionales. Para mí todos son directamente aplicables, porque si no son directamente aplicables en cuanto a aspectos específicos, sí orientan la decisión del Tribunal. El segundo aspecto está relacionado con los tratados marco y los tratados de ejecución, en ese sentido tanto el tratado de marco, como el tratado de ejecución son directamente aplicables en el derecho interno.

He tratado de ser sintético, pero están los casos de la Región del Maule o de la Región de Aysén donde también aplicamos estos principios preventivo y precautorio, que tienen por objeto racionalizar el riesgo y que se tomen las acciones correspondientes para minimizarlo si no es posible evitarlos en toda su magnitud.

Moderador Sr. Javier Serrano

También hay una serie de cuestiones planteadas acerca de la actual configuración jurisdiccional en Chile, es decir, si sería inconveniente

establecer centralización del punto de vista de un mejor acceso a la justicia en los Tribunales del norte y del sur, que es donde se plantean fundamentalmente los conflictos ambientales; y si el modelo canadiense de clúster que se ha expuesto aquí, es viable para el modelo chileno.

Sr. Sergio Muñoz

Los tres Tribunales ambientales establecidos en nuestro país tienen una distribución geográfica y el legislador manifestó que eso no impedía que en algún momento, dada la carga que tuvieran los Tribunales pudiera llegar a establecerse un Tribunal Ambiental por Corte de Apelación o por región por decirlo de alguna manera más gráfica. Entonces tendríamos 14 Tribunales Ambientales en el país, eso es lo que proyectaba el legislador y no se cerraba a esa posibilidad.

Se expuso por el profesor Bermúdez que estaba la garantía de acceso a la justicia interpretada la norma de un carácter procesal, en lo que coincide en lo que se refiere a la primera parte del artículo, del 38 inciso 2 de la Constitución, pero queda sin explicación la frase final del artículo si uno lo interpretara exclusivamente procesal. Es ahí donde uno ve que podría estar afectada un poco la garantía, por la dificultad en el acceso al Tribunal, pero yo entiendo y así lo he comprendido, que se ha posibilitado la litigación por medio de la red. Es lo mismo que ocurre con el Tribunal Calificador de Elecciones, que siendo uno solo se pueden presentar los escritos de norte a sur y la única instancia que requiere de alguna comparecencia personal es la alegación ante estrado. Nosotros hemos examinado eso y creo que va llegar un momento en que se va a poder alegar en alguna Corte de Apelaciones respecto de una causa que se esté viendo en otra por medio de video conferencia. Eso no está descartado en el tiempo y a lo mejor el Tribunal Ambiental también va a poder visualizar esa alternativa que nosotros hemos estudiado.

Pero sí hay un contrapunto en el sentido contrario, que la cantidad de causas que han llegado a los dos Tribunales Ambientales de nuestro país no resulta agobiante para los Tribunales que no las puedan tener en este momento controladas y que amerite el establecimiento de mayores estructuras en este momento en nuestro país. Nada de eso dicen las proyecciones.

Y lo que ocurre con los Tribunales contenciosos administrativos que hay en otras realidades hay que tomarla en el sentido de que, generalmente, toda la estructura medioambiental en algunos países está radicada en la autoridad administrativa, y es excepcional cuando se llega a los Tri-

bunales ordinarios, hay muchas agencias y estructuras que tienen todos los recursos para resolver en sede administrativa más que en sede jurisdiccional y lógicamente la mayor especialización y la mayor circunscripción territorial ayuda a descongestionar todo este tema. Cada país tiene su andar y tradiciones, las que no se deben forzar.

La recepción indiscriminada de modelos atenta en contra de una justicia efectiva por cuanto en el derecho administrativo exactamente, nuestra Dirección de Estudios de la Corte Suprema ha levantado aproximadamente 155 recursos o acciones de derecho administrativo especial, sin apuntar a lo que es la acción general del contencioso administrativo, sin empezar a ver la naturaleza de la reclamación; si es anulabilidad, de declaración de derechos, de certeza o simplemente de revisión de la legalidad. Pensar en un modelo que pueda complejizar esto yo creo que hay que ir en el sentido inverso.

La Corte Suprema ha dicho que le parece que incluso en el contencioso especial debiera aplicarse un solo procedimiento. Los autores están más o menos de acuerdo en que el procedimiento que ofrece mayores garantías es el contencioso municipal y por lo tanto de alguna manera debiera llevarse todos los contenciosos administrativos especiales a un solo procedimiento contencioso especial y a lo mejor otro procedimiento contencioso general. Creo que de esa manera podríamos resolver una parte del tema, la otra es evitar la atomización en la administración de justicia y crear una sola estructura, porque en nuestro país estamos en un país unitario y no federal.

Moderador Sr. Javier Serrano

Ahora tenemos interrogantes para el profesor Bermúdez. Según su experiencia, ¿Cuáles son los límites a la deferencia administrativa dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, respecto a los distintos actos de trámite, terminales o subterminales?; ¿Ampliaría las competencias del Tribunal Ambiental?; ¿Hasta qué punto está presente el principio precautorio en Chile?; y ¿Cuál es su opinión respecto a exclusión del recurso de protección como mecanismo para revisar la legalidad de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA)?

Sr. Jorge Bermúdez

Cuáles son los límites a la deferencia administrativa respecto de los distintos actos y a lo largo del procedimiento, creo lo siguiente: me parece

bien cuando se le exige a la administración que funde bien sus actuaciones, eso creo que uno lo debe exigir siempre. Sin embargo, no hay que olvidarse del derecho administrativo general y este le exige a la administración en su conjunto solo que funde y que aprecie la documentación, los medios de prueba, los elementos que están en el expediente administrativo en conciencia. Por lo tanto, ese es un estándar de apreciación bastante, podríamos decir, laxo o libre. Evidentemente eso no obsta a que razone bien la administración y que ese acto administrativo luego este bien fundamentado. Ahora bien, creo que la deferencia administrativa es un poco peligrosa porque eso limita o tiende a limitar la facultad del juez. Estoy más bien por una posición de revisión completa de la actuación, máxime si contamos con un tribunal especializado, que efectivamente puede entrar en los aspectos técnicos y en la valoración que se ha hecho de esos aspectos técnicos, sobre todo considerando que esa fue la idea del legislador.

Nuestros Tribunales Ambientales tienen la misma limitación que existe en el derecho comparado, específicamente en el contencioso administrativo español: no pueden sustituir la decisión discrecional. Ahí tenemos el problema de qué es lo discrecional y qué va a ser lo reglado, eso va a ser una cuestión que seguramente la jurisprudencia y en especial la jurisprudencia de la Corte Suprema va a ir delineando.

Respecto de cuáles son los actos revisables tengo una posición distinta, en el sentido que me parece que el procedimiento administrativo es una garantía para el administrado. Ese procedimiento es más garantista todavía, incluso en el procedimiento administrativo sancionador ante la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). No hay ningún procedimiento administrativo sancionador en Chile que esté tan regulado y con tantas garantías como ante ese órgano. Por lo tanto, creo e interpretando sistemáticamente la normativa, tanto la específica, la Ley Orgánica de la Superintendencia, como para centrarlo en ese caso, como la normativa en materia de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la normativa general administrativa, creo que hay que mantener y defender que solo el acto final es el acto impugnabile, porque sino es imposible la actuación y es imposible alcanzar los objetivos ambientales de esa actuación. Hay una regla general que es la del artículo 15 de la ley N°19.300.

¿Se debieran ampliar las competencias del Tribunal Ambiental? Claro, desde el punto de vista ambiental por supuesto que sí. Es un Tribunal que desgraciadamente en su origen estaba pensado simplemente para

poder impugnar tanto la sanción ambiental, es decir al infractor, como para obtener la revisión de la RCA por aquel que había obtenido una resolución desfavorable. Afortunadamente quedó un poco más amplia la competencia, pero sigue siendo un Tribunal con una competencia acotada respecto de instrumentos.

Eso no obsta a lo que voy a decir a continuación y quiero sencillamente apoyar lo que decía el Presidente de la Corte Suprema y creo interpretar aquí al 90% de los profesores de Derecho Administrativo de este país: hace falta un contencioso administrativo general que es lo que no tenemos. Hoy día que existan 155 procedimientos contenciosos administrativos, dificulta el acceso a la justicia. Claro un estudio jurídico con más de 100 abogados ubicado acá en la capital, en Santiago, probablemente va a tener un especialista respecto de cada uno de esos contenciosos administrativos, pero un estudio jurídico en Valparaíso, Concepción o Valdivia evidentemente que tiene un abogado que tiene que litigar de todo y obviamente que va a haber muchos contenciosos administrativos en materias sanitaria, eléctrica, pesquera, etc. que no va a conocer. Entonces el acceso a la justicia se limita cuando tenemos esa atomización de los procedimientos judiciales.

¿Existe el principio precautorio en Chile? Me parece que el Presidente de la Corte Suprema ya lo ha señalado, por supuesto. Existe la jurisprudencia, la jurisprudencia lo ha aplicado y por lo tanto me remito a eso que se ha dicho tanto de la Corte Suprema como de los propios Tribunales Ambientales. Pero también existe a nivel normativo y la Ley General de Pesca y Acuicultura, por lo menos respecto de ese ámbito, lo ha establecido ya no como principio sino que simplemente como regla general, por lo menos desde el punto de vista del ámbito de recursos pesqueros.

La exclusión del recurso de protección para revisar la Resolución de Calificación Ambiental, creo que ahí va a depender de la urgencia del caso, va a depender de si evidentemente por la vía del recurso de protección es posible obtener una tutela o no al Derecho, antes que respecto de revisión de la legalidad del acto.

Moderador Sr. Javier Serrano

Me piden alguna reflexión acerca de las dificultades para el acceso de las comunidades para llevar sus causas al Tribunal Ambiental y si habría

que modificar alguna norma para tener en cuenta los principios que se han mencionado aquí.

También una pregunta, con juicio de valor, respecto de la diferencia que se plantea acerca de la composición de decisiones técnicas de los funcionarios de los órganos sectoriales competentes, con la supuesta politización del SEIA. Lo plantea como una dicotomía acerca del carácter de cada uno de los miembros que lo componen.

Sr. Jorge Bermúdez

La verdad es que cómo se facilita el acceso de las comunidades para poder litigar, es una pregunta que no creo que se resuelva solo respecto de la litigación de materia ambiental, es un problema que existe en general o que puede existir en general respecto de cualquier ámbito jurisdiccional. Por eso la idea de una jurisdicción regionalizada ambiental es buena, pero creo que las soluciones prácticas que se han ido dando, de acceso por la vía que el Tribunal se mueva al lugar o de acceso por la vía de que es posible realizar ciertas diligencias en otros órganos jurisdiccionales, como lo que ha señalado el Presidente de la Corte Suprema, creo que es una buena solución. También hay que ser conscientes que este es un país donde la



Segundo Panel

escases de recursos es una cuestión endémica, por lo tanto también tenemos que ser conscientes de las múltiples necesidades.

Respecto de la politización del SEIA creo que precisamente por eso tenemos la revisión judicial, ahí está la revisión técnica. Creo que, a lo mejor estoy siendo un poco ingenuo en lo que voy a decir, pero la revisión de la Ley de Bases del Medio Ambiente fue precisamente en el sentido de despolitizar aunque fuera en parte y hacer más técnica la decisión de la comisión que realiza la evaluación, por lo tanto le daría un poco más de tiempo al sistema como está funcionando.

Sr. Sergio Muñoz

Quiero agregar algo que está relacionado con la legitimación activa. Es posible entender que puede haber mayor acceso, para entender que también pueden accionar las ONG, pero se llegó a una especie de término medio en que si bien no pueden accionar (en mi concepto debiera haberse considerado una esfera de interés y como lo hace la legislación española, por ejemplo, con aspectos de temporalidad anterior al hecho, un par de años, que esté con presencia en el territorio y que su materia sea del área que trata de impugnar el acto medio ambiental, son requisitos que parecieran razonables para esta litigación en cuanto a la legitimación activa), en Chile se estableció por primera vez la figura del *amicus curiae* para efectos de que pudieran comparecer las ONG. Llegar a la forma de litigar indirectamente por la ONG, es que una persona natural obtenga el patrocinio de un abogado de la ONG. Por lo tanto, en lo referido a los recursos de protección, nosotros nos hemos debido enfrentar a veces a ciertas posiciones muy vehementes, porque lógicamente están sustentadas, no solo en la base del interés de la persona que está litigando, sino que de la organización que está detrás. Son ciertas cosas que también hay que tener en cuenta, que se han ido por la práctica ampliando en un espectro, en un sentido, muy bien y en el otro, a lo mejor, no tanto.

Moderador Sr. Javier Serrano

Ahora vamos a las preguntas dirigidas al Magistrado Benjamin ¿Cómo se compagina la obligación propter rem con su carácter prescriptible o no, si es imprescriptible o no es imprescriptible? ¿Cuándo se debe abordar el principio in dubio pro natura, si en el momento de la regulación, al crear la norma o en otro momento posterior?

Sr. Antonio Herman Benjamin

Si nosotros usamos la idea de obligaciones *propter rem*, no existe el problema de la prescripción. Este efectivamente es uno de los efectos más positivos de los importantes beneficios de facilitación de acceso a la justicia o mejor de una justicia eficaz. Esto se aplica tanto a temas como minería y deforestación.

El principio *in dubio pro natura*, si es en una primera perspectiva como una técnica de hermenéutica, el propio juez es el responsable de manejarlo *ex officio*. Claro que la parte puede recordarle al juez que en ese ámbito sería aplicable una interpretación *in dubio pro natura*, pero no hay un momento para establecer una contradicción porque las reglas de hermenéutica son propias de la función de resolver y diferentemente si es una inversión de la carga de la prueba, este tema estuvo presente con nosotros 20 años y existen dos corrientes; la primera dice que esto podría llevarse a cabo solamente hasta la primera manifestación, la segunda corriente era que se podía hacer en cualquier momento inclusive al final. Se encontró un término medio; se puede hacer al final, pero hay que establecer un plazo, es decir ofrecer la oportunidad para que la otra parte se manifieste porque de lo contrario sería una violación del derecho a defensa y también del propio principio del contradictor. Por ejemplo, si el juez trabaja con toda la prueba y ha llegado casi al momento de resolver, podrá entonces invertir la carga de la prueba en ese momento, pero en ese momento tiene que informar a la parte para que esta pueda presentar nuevas pruebas y fortalecer su defensa.

Pero hay otro aspecto, a veces esta inversión de la carga de la prueba la hace la ley, no es ope judicis es ope legis, por ejemplo, en ciertos casos de protección del consumidor, esto en el derecho de Brasil y de otros países, la inversión de la carga de la prueba y de causalidad de la toxicidad, por ejemplo, de cierta sustancia la hace la propia ley, no es una decisión del juez.

Moderador Sr. Javier Serrano

Se ha planteado una inquietud respecto a si considera un nuevo principio de derecho ambiental el que conserva cobra y se ha solicitado una reflexión sobre algunos crímenes que han sufrido activistas ambientales en Brasil y si en ese sentido hay algún temor por parte de la judicatura.

Sr. Antonio Herman Benjamin

Todavía en este punto no, porque si no, yo no estaría hablando tan claramente aquí o tal vez podría hablar en Chile, pero no en Brasil. Pero sí está claro que en regiones muy remotas en el país, en la región amazónica sí, por ejemplo. Pero donde nosotros vivimos todavía no tenemos este tipo de problema. Los jueces en Brasil son muy profesionales, tienen su carrera y, por favor que me digan mis colegas si estoy equivocado o no, pero no enfrentan ese tipo de situación, no solo en derecho ambiental, sino que en la lucha contra el crimen organizado. No hay casos, salvo dos o tres, en que esto haya ocurrido.

En relación a la primera pregunta, si *el que conserva cobra*. Aquí tenemos que ir a la mayor profundidad del derecho ambiental. Para responder bien a esta pregunta, tenemos que formular otra ¿quién es el propietario de los bienes ambientales?, especialmente ¿quién es el propietario de los servicios ecológicos? porque para llegar a la conclusión de que aquel que conserva debe ser remunerado debemos haber reconocido anteriormente que los bienes ambientales pertenecen a un individuo y no a la colectividad. En América Latina no vemos esta situación. Las constituciones de nuestros países primero tratan a los servicios ecológicos de un modo colectivo y le atribuyen la titularidad a las generaciones presentes y futuras, en algunos casos como Bolivia y Ecuador no solamente las generaciones presentes y a las futuras, sino que hay una visión antropo-



Público Segundo Panel

céntrica y también tenemos una visión biocéntrica, porque tenemos a la Pachamama. Entonces, cómo alguien va a ser remunerado por algo que no le pertenece a él, sino que le pertenece la Pachamama o sea nos pertenece a todos. Esto no quiere decir que aquel que conserva bien los recursos naturales pueda sí ser remunerado, pero no como el propietario de los bienes ambientales sino que como un administrador mejor que el promedio de los administradores del país. Por ejemplo, una comunidad indígena que vive en la región amazónica, que conserva el bosque que está en pie, controla también la caza para evitar la extinción de algunas especies, está mucho más allá de una posición fiduciaria mucho más que propietario. Hay un precedente incluso, que va a ser promulgado por nuestro Tribunal: nosotros hemos adoptado la idea de que el propio Estado está en una situación fiduciaria con relación a los bienes ambientales. Hay un libro que yo recomiendo, que no es de Derecho Ambiental, se llama el “Estado Fiduciario” que contempla esta visión en el sentido que el Estado está en una posición de ser un buen administrador. Esto cambia toda nuestra teoría, en nuestros países, del derecho privado sobre los bienes comunes del pueblo, los bienes especiales y privados, cambia incluso la idea de la afectación, porque en el Derecho Ambiental la afectación, es la idea de que ciertos bienes son tomados por el Estado para una finalidad pública. Si nosotros entendemos que el Estado realmente es solo un administrador, esto admite también que la “afectación” puede ser tomada por el juez.

Moderador Sr. Javier Serrano

Agradecemos enormemente la presencia de los panelistas y a todos ustedes su contribución.

TERCER PANEL



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

TERCER PANEL

Acceso a la Justicia Ambiental: Garantías Constitucionales y Convenciones Internacionales

Expositores:

- **Eloy Espinosa-Saldaña**, Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú. “Garantía Constitucional en Perú: alcance y aplicación”.
- **Carlos Ramírez**, Presidente de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. “El acceso a la Justicia Ambiental en el Ecuador”.
- **María Claudia Rojas**, Presidenta del Consejo de Estado de Colombia. “Garantía Constitucional en Colombia: alcance y aplicación”.
- **Ximena Fuentes**, académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, ex Ministra Suplente Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago. “Convención de Aarhus y Acceso a la Justicia Ambiental”.

Moderador:

- **Enrique Navarro**, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, ex Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

“Reflexiones acerca del marco garantista básicamente jurisdiccional previsto al medio ambiente en el Perú”

Eloy Espinosa- Saldaña¹¹³. Magistrado del Tribunal Constitucional. Perú.

Consideraciones generales y lo ocurrido en el Perú antes del ingreso al siglo veintiuno

Antes de comenzar mi intervención, quiero primero agradecer al Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, y a todos sus integrantes, con quienes nos conocemos hace unos años, y con quienes compartimos actividades comunes, por la posibilidad de participar en esta actividad.

Vamos aquí solamente a formular algunas reflexiones, ya que el tiempo disponible es corto, aunque el debate que esta materia puede generar es grande. Vamos entonces orientando nuestra intervención en ese sentido.

El Perú es un país que por su ubicación tiene una particular y gran cantidad de pisos ecológicos y micro climas. Por eso, es uno de los países que a nivel mundial se encuentra más expuesto al cambio climático. Es un país con un desarrollo económico importante en los últimos años, pero con un contexto de debilidad institucional muy fuerte, en el cual, tal vez precisamente por esta debilidad se dan muchas prácticas contaminantes, las que, a su vez, se dan muchas veces en el contexto de clara ilegalidad o informalidad. Y es que en el caso peruano, claramente puede anotarse que incluso existen actividades como la minería ilegal o el narcotráfico, son problemas muy fuertes para poder enfrentarse únicamente desde políticas ambientales, pero en donde sin duda en las acciones a tomar el componente medioambiental es uno de ineludible tratamiento.

Ahora bien, cabe anotar que el Perú es también un Estado que ha demostrado una gran preocupación por articular políticas nacionales

113 Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal-Coordenador y ex Director General de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante o conferencista invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas o peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, entre otras entidades. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Autor o coautor de diversos libros y artículos sobre materias de su especialidad.

de defensa de derechos a un ambiente adecuado y en esa línea, por ejemplo, es el país responsable de organizar la próxima COP que se va a realizar este año en Lima.

Para entender el actual estado de la cuestión al respecto, debemos señalar que en el Perú se parte de un texto constitucional muy escueto en el tratamiento del tema ambiental. Solamente se recogen dos artículos sobre el tema: el 2 inciso 22, que reconoce el derecho a un ambiente adecuado; y el 67, que dice que el Estado va a regular la Política Nacional del Ambiente. Nada más. Entonces, en este escenario, cobra especial relevancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto por lo que allí ha dicho antes de la emisión de la legislación correspondiente, o por lo que haya interpretado de la legislación ya vigente. De otro lado, lo señalado por el Tribunal es también importante, tanto por lo que ha dicho frente a lo que son los alcances del Derecho del medio ambiente, como por lo que ha planteado en términos de las responsabilidades del Estado en materia medioambiental, sobre todo en el tema de qué es lo que se puede hacer a través de qué mecanismos se puede hacer, y con qué organización se puede contar.

Pero todavía hay muchos retos a enfrentar. En el Perú, a diferencia, por ejemplo, del caso colombiano, nosotros no contamos con un Consejo de Estado. No hay pues una especialización en lo contencioso administrativo, y por ende, le toca muchas veces al Tribunal Constitucional, que



Eloy Espinosa- Saldaña . Magistrado del Tribunal Constitucional. Perú.

conoce básicamente en Amparo, tener que determinar cuándo estamos ante un contencioso que sea una vía igualmente satisfactoria para la protección de los espacios ambientales.

Lo cierto es que en el Perú se ha ido desarrollando, a pesar de los problemas aquí descritos, un escenario interesante de protección, y no solo a nivel de judicatura constitucional. También se ha desarrollado un trabajo muy importante a nivel administrativo, que alivia en buena medida la eventual labor jurisdiccional posterior. Ciertamente es eso sí que todavía falta un esfuerzo más fuerte a nivel de la judicatura ordinaria para involucrarla en mejor forma con la tutela de materias medioambientales. Esto es un poco de lo que rápidamente presento como escenario para entrar y dar algunas ideas sobre los diferentes temas que se nos ha pedido abordar.

Debemos entonces volver a tener presente que así como en el texto constitucional peruano vigente (el de 1993) la referencia al medio ambiente es muy escasa, la preocupación demostrada en esta materia en la década de los noventa también fue muy escasa, pues las labores vinculadas a temas ambientales casi no estaban establecidas, y cuando se encontraban señaladas, su asignación se encontraba desperdigada en distintas instituciones, y por ende, su cabal ejercicio era bastante limitado. Es más bien la presión de colectivos organizados preocupados en la materia la que lleva a que el Estado, recién hacia finales de los noventa plantee por un lado, un sistema de registro de información básica sobre el particular. Además, comenzó a entenderse la necesidad, no solamente de tener un marco estratégico general, que por cierto no se cumplía, sino de comenzar a aplicarlo a cabalidad. Finalmente, fue importante la creación de un Consejo Nacional del Ambiente, el cual en realidad no era propiamente un ente rector, sino que gracias, sobre todo a la labor de quien fue su presidente en aquel momento, se convirtió en un gran espacio de divulgación, de promoción y de resolución de las consultas que se planteaban. Además, el Consejo buscó, lamentablemente sin mucho éxito, generar niveles de coordinación.

Justo es anotar que en ese contexto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de ese momento también era muy escueta: solamente puedo referirme a dos casos importantes, importantes por la materia allí abordada, pero no por lo que dijo el Tribunal al respecto, sino por lo que dejó de decir: el caso Cruz del Sur y el caso Linares. La llegada del siglo veintiuno nos lleva a un escenario distinto, el cual pasaré a reseñar.

Lo sucedido desde el ingreso al siglo veintiuno, lo avanzado y los retos por asumir

Es cuando cae Fujimori cuando comienza a darse una preocupación más relevante en lo referido a generar una mejor tutela de materias medioambientales, sobre todo en sede jurisdiccional. Y es que a la caída de Fujimori recién la jurisprudencia del Tribunal Constitucional va a ser muy importante para marcar los ámbitos del derecho a un medio ambiente adecuado. Primero, especificando elementos como los de su estructura o su titularidad; y después, entrando a precisar aspectos cuya relevancia hoy todos reconocemos. Por un lado, se señala que este derecho implica gozar de un medio ambiente adecuado; y de otro, preservar ese medio ambiente adecuado.

Además, se establece una interesante jurisprudencia sobre el margen de responsabilidad del Estado en donde se señalan los principios que deben inspirarle, mediante una jurisprudencia en la cual se destaca la importancia de la precaución, la prevención, o el desarrollo sostenible. No entro en los detalles, pues todos conocemos aquí los alcances de estos principios. Es más, a partir del caso conocido en el Perú como "Nextel 2", se va a trabajar con mucho más detalle el reconocimiento tanto de la dimensión más positiva del accionar del Estado, relacionada con la necesidad de dar acciones, sobre todo de carácter preventivo; como de su dimensión negativa, vinculada a los deberes de abstención que se tienen.

Esta relevante labor jurisprudencial es entonces apoyada, ante la falta de referencias en el texto constitucional y de tradición en el caso peruano, fundamentalmente en la mención explícita o la referencia implícita a los estándares internacionales y a las convenciones existentes. Además, justo es anotar como esta jurisprudencia ayudó a crear un mejor clima sobre el particular que comienza a caracterizar a lo que va a realizarse a lo largo del siglo XXI. Entrando entonces más directamente a lo realizado en el siglo XXI, veremos como en el Perú pronto ya tenemos dos normas claves, en las cuales el legislador recoge lo que de alguna manera había desarrollado la jurisprudencia que ya hemos mencionado. Una de ellas es la Ley General de Medio Ambiente, que va a plantear, en primer lugar, los principios y normas a seguir; en segundo término, las pautas de responsabilidad estatal; y en tercer lugar, da algunas pautas de protección en sede de judicatura ordinaria de los derechos o del conjunto de derechos vinculados al ámbito de lo que puede ser un ambiente adecuado. Estamos hablando entonces incluso allí, si se quiere, del establecimiento de un amparo ambiental.

Es después, con el Decreto Legislativo 1013, donde se da una cuestión más importante todavía. Se procede a la creación de un Ministerio del Medio Ambiente, que es ya un ente rector con una responsabilidad clara, política y administrativa en el manejo de lo que se tiene que hacer de manera ambiental. También se crea un Tribunal de Conflictos Ambientales (no entro aquí en más detalle porque dentro del público contamos con representantes calificados de este espacio). Allí se va a plantear la resolución de los recursos que se interpongan contra los actos administrativos generados por el quehacer del Ministerio de Medio Ambiente. Es el lugar donde se va a plantear también la solución de conflictos de competencia que no se sustenten en normas de carácter legal (para eso último está el proceso competencial que ve el Tribunal Constitucional), y que puedan generarse por decisiones que tienen que ver con temas medio ambientales. Finalmente, se pasa a la creación de OEFA, que es la entidad de fiscalización ambiental. Como su nombre lo dice, tiene labores de fiscalización y de consulta, e incluso también potestades sancionadoras, pues puede aplicar, ante el incumplimiento de las pautas de carácter administrativo que ella señala (o que otras entidades pueden señalar), amonestaciones, multas, decomisos, suspensiones, inmovilizaciones y hasta clausuras.

En ese escenario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sigue avanzando también en aportes, pues se han emitido importantes pronunciamientos frente a la determinación de la responsabilidad social de particulares en cuestiones ambientales. Es más, y a partir del caso Cerro Verde, el Tribunal ya no solamente se queda en la referencia constitucional a la necesidad que exista una Política Ambiental que el Estado dirija. Se anotan además cuáles son los elementos que debe tener esa Política Ambiental. Luego el Tribunal va a pasar a tener una preocupación más focal, por ejemplo, sobre cómo se deben entender los temas vinculados a temas medioambientales en ciertos colectivos, como el del caso de los pueblos indígenas sometidos a situaciones de aislamiento.

En síntesis, aquí tenemos una situación en la cual, desde la jurisprudencia del Tribunal, se produce un mejor tratamiento de los preceptos constitucionales involucrados; o el desarrollo de principios que permiten la actuación estatal y de los particulares. En algunos casos, aquello lo hace incluso de manera promotora, inclusive antes de la regulación legal; y en otros, su labor sirve más bien para explicar, o para tratar de justificar, una interpretación, conforme a la Constitución, de estos mecanismos. Además, se ha trabajado en una mejor delimitación del Derecho a un medioambiente adecuado y de sus alcances. Se ha planteado también

como debe comprenderse la evolución de los instrumentos a utilizar o a materializar, ya sea en el ámbito de la protección administrativa o en el plano de la tutela en sede jurisdiccional.

Sin embargo, todavía hay mucho que hacer. Quiero especificar alguno de los retos que se plantean desde el ámbito del espacio jurisdiccional, ya sea tanto de la judicatura constitucional, que es lo que se me pidió básicamente que comente, aunque también haré algunas referencias a lo que puede hacerse a nivel de la judicatura ordinaria, con cuya labor he estado vinculado durante muchos años. Creo entonces que hay aquí algunas ideas que bien vale la pena por lo menos poner en el tapete, con cargo a conversarlas a través de las preguntas que se me quieran formular.

En primer lugar, en el caso peruano todavía tenemos un reto importante, el del mantenimiento de lo avanzado a nivel administrativo. Es más, hoy incluso existen problemas con el mantenimiento de buena parte de la potestad sancionadora que se le había reconocido a nivel administrativo a OEFA. Es más, esa potestad ha sido recortada con normas recientes en aras de promover una mejor inversión. Se presenta entonces un problema importante, el de cómo queda el espacio de la tutela administrativa y cómo llega esto al escenario jurisdiccional, cuando en el Perú no tenemos Consejo de Estado y no tenemos avanzada una especialización de los jueces en materia ambiental. Debe tenerse presente que en el Perú solamente existen dos juzgados a nivel nacional de carácter itinerante en dos partes del país, para dos departamentos o regiones. Aquello sería como que en Chile, por ejemplo, tuviéramos un juzgado en Santiago y otro en Antofagasta sobre esta materia, cierto es que con cierta itinerancia, y paremos de contar.

Sí tenemos una Fiscalía de Ministerio Público a nivel nacional en materia ambiental, la cual, por cierto, no se encuentra en capacidad de enfrentar todos los requerimientos al respecto, muy a despecho de los encomiables esfuerzos que vienen haciéndose desde el Ministerio Público sobre el particular. A esto hay que añadir como todavía la especialización de la judicatura ordinaria es insuficiente para tocar estas materias. Si además se han debilitado los alcances de la protección administrativa, por más que en el nivel del Tribunal Constitucional se sigan planteando pautas de cómo debe reconocerse el derecho y como deben alcanzarse los niveles de responsabilidad estatal, bien puede constatarse que para llegar al Tribunal hay un trecho que

no parece estar completamente protegido.

Este tema nos lleva a uno segundo que es muy importante: el de cómo se compatibiliza lo que se busca con un escenario como el peruano, con un amparo (que sería el equivalente a la tutela colombiana), el mecanismo de protección de derechos, un mecanismo de tutela urgente que no puede ser un mecanismo de protección ordinaria, sino que tiene que ser un mecanismo residual o subsidiario. Entonces, si existen unas vías igualmente satisfactorias dentro de lo ordinario, hay que recurrir a ellas.

¿Hay una posibilidad de compatibilizar esos esfuerzos? En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha hecho lista de temas para decir cuál es en algunos casos una vía satisfactoria al Amparo, pero nunca había fijado criterios generales para ver cuándo se puede determinar que una vía es igualmente satisfactoria. Recién ahora, quienes acabamos de ser nombrados Magistrados de ese Colegiado, estamos explicitando esos criterios generales. Esa omisión creó problemas en lo ambiental, porque los temas ambientales son relativamente nuevos para la judicatura. Entonces, encontramos funcionamientos dispares: hay jueces ordinarios que en ciertos temas están admitiendo Amparos para materias ambientales, y existen otros que los están rechazando. Hay jueces que, frente a pronunciamientos con los cuales se buscaba una tutela administrativa en materia ambiental, lo están acogiendo a través de contenidos administrativos; y otros están demandando que se vean en sede de Amparo. Esto genera una situación de desprotección o de relativa desprotección, la cual sin duda se agrava porque no tenemos, como he dicho, especialización de jueces ni Consejo de Estado.

Una última referencia que quiero hacer aquí es la vinculada a cómo compatibilizar esta preocupación (básicamente generada en el gobierno peruano) de acomodarse a estándares internacionales, de cumplir las diferentes convenciones internacionales y ser un promotor de las mismas. Para promover estas tareas se requieren desarrollar prácticas de cooperación y sobre todo de cooperación jurisdiccional, tanto a nivel de la judicatura ordinaria como la judicatura constitucional, para luego establecer líneas de actuación frente a los temas vinculados a materia ambiental.

Ahora bien, como todos sabemos, muchas de las violaciones que se dan al Derecho a un medio ambiente adecuado no son generadas en un Estado en particular, tienen un carácter transfronterizo, y el tratamiento de estos problemas también debería tener o procurar tener un trata-

miento transfronterizo. Sin embargo, y aun a pesar de los esfuerzos que se han hecho en espacios como la Cumbre Judicial Iberoamericana, todavía estamos ante un espacio con un avance débil, todavía por explorar. Ya hemos mencionado en este mismo texto que en el caso peruano, por las particulares situaciones del país (su gran exposición al cambio climático, su nivel de desarrollo económico no acompañado por un marco institucional fuerte) le hacen especialmente sensible a las violaciones, sobre todo provenientes de actividades transfronterizas. El Perú es básicamente un país minero, pesquero, y donde está el inicio de la Amazonía. Entonces, estamos particularmente expuestos a situaciones de carácter transfronterizo, ante las cuales lamentablemente todavía es muy poco lo trabajado.

¿Se ha avanzado? Se ha avanzado. Hay labores importantes de protección en diferentes planos, existe actualmente una labor importante a nivel administrativo; hay todavía algunos puntos pendientes que fortalecer en la judicatura ordinaria, pero a la vez se produce una significativa labor de irradiación a nivel de la judicatura constitucional (interesante e importante, aunque todavía insuficiente). Se hace necesario asumir el reto de la compatibilización de medios, de profundizar los espacios de tutela, de establecer estrategias comunes con otros países. Por eso es importante participar, haciendo los mayores esfuerzos posibles, de espacios como este, para compartir inquietudes y esfuerzos, generar sinergias, e ir avanzando en el sentido que creo todos consideramos importante y necesario, por no decir indispensable.

Muchas gracias por su atención.

“El acceso a la Justicia Ambiental en el Ecuador”

Carlos Ramírez. Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Ecuador

La importancia del Derecho Ambiental y su objeto de estudio, el (medio) ambiente y/o la naturaleza resultan indiscutibles; tanto es así, que incluso existe consenso sobre su importancia. Expresión de ese consenso a nivel de cada país, es por ejemplo que tanto las Constituciones como las legislaciones infraconstitucionales prevean normas específicas para su regulación, prevención o precaución; algo similar ocurre en el orden internacional, donde por ejemplo la Organización de Naciones Unidas ha establecido un Programa para el Medio Ambiente; y a nivel regional, la Organización de Estados Americanos apoya la implementación de políticas y proyectos sobre desarrollo sostenible, recursos hídricos, cambio climático, gestión de riesgo, biodiversidad, entre otros.

De ello se deriva que el Derecho Ambiental se presente en la sociedad actual como un tema de particular importancia; es más, los sistemas jurídicos articulan un conjunto de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos con la finalidad de lograr la protección del ambiente tanto para bienestar de los propios seres humanos como para la preservación de especies¹¹⁴.

114 Silvia Jaquenod, *El Derecho ambiental y sus principios rectores* (Madrid: Dykinson, 1991), 351.



Carlos Ramírez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador

Contemporáneamente, el Derecho Ambiental es una materia que experimenta una ruptura con los esquemas tradicionales, puesto que presenta una hibridación por sus contenidos de naturaleza descodificante y mutante; sus implicaciones son tan amplias que abarcan «lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características»¹¹⁵. Se articula así, un complejo conjunto de disposiciones jurídicas, denotando que el ambiente demanda para su protección de normas carácter interdisciplinar que se condicionan e influyen recíprocamente en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes.

1. Derecho y Justicia

El Derecho es una de las formas más evolucionadas de convivencia social. Más, el derecho no es solamente un conjunto de normas, si no ante todo, el derecho es la expresión (jurídica) de una realidad sociológica, política, jurídica, cultural; es la forma de vida que exige la convivencia de personas en una sociedad donde gobiernan las normas más no el arbitrio humano. De ello precisamente se deriva la importancia de comprender el “contexto” en el que existen las normas jurídicas.

De otro lado está la justicia que tiene una relación indiscutible con el Derecho, pues la justicia se presenta como un *valor* de las personas y de la sociedad misma; además debe tenerse en cuenta que “el concepto de justicia se halla cargado de una fuerte emotividad [...] la justicia mide la adecuación de una norma o del conjunto del sistema a un orden normativo distinto del Derecho, pero íntimamente relacionado con él [...]”¹¹⁶.

Como la justicia no puede sujetarse a lo que cada uno considera «ideal y adecuado», la sociedad ha establecido normas para convertirlo en un tema objetivo, pretendiendo evitar la arbitrariedad en la que –indudablemente– puede incurrir la subjetividad humana; además de que así se garantiza a todas las personas condiciones mínimas de seguridad. Pero, ni el derecho puede imponerse, ni la justicia establecerse por sí misma sino a través de unos agentes (los jueces) que integran una Función del Estado. El ejercicio de la jurisdicción implica no sólo el juzgar sino también hacer ejecutar lo juzgado, lo que significa que se autoriza incluso el ejercicio de la fuerza, pero no fuerza de cualquier tipo, sino de una fuerza justificada y legítima; teniendo presente que “[e]s la fuerza esencialmente implicada en el concepto mismo de la *justicia como derecho*, de la justicia en tanto que se convierte en derecho [...]”¹¹⁷.

115 Ricardo Lorenzetti, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995), 483.

116 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 95.

117 Jacques Derrida, *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la Autoridad*, (Madrid, Tecnos, 1ra edición, 2da reimpresión., trad. Adolfo Barberá y Patricio Peñalver, 2002), 17.

De conformidad con el Art. 168.3 de la Constitución «ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria», de ahí que la justicia se administra a través de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial; sus titulares –los jueces– deben resolver los conflictos pero no con sujeción a su arbitrio sino aplicando la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (Art. 172 CRE); de esa forma se garantiza la paz, la seguridad y la convivencia armónica en sociedad.

2. La filosofía de la Constitución 2008.

El último proceso constituyente del Ecuador, terminó con la promulgación de la Constitución que se encuentra vigente desde octubre de 2008. El ambiente y la naturaleza ocupan un lugar destacado en la misma, tanto que, en algunos aspectos se presentan innovaciones de gran rigor. Para evidenciarse las implicaciones de la Constitución en materia de ambiente y naturaleza, hay que adelantar que presenta dos facetas complementarias: el derecho al ambiente sano y los derechos de la naturaleza.

2.1. El derecho a un ambiente sano.

La Constitución de la República reconoce este derecho en los artículos 14 y 66.27; el primero reconoce el «derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*», el segundo artículo, entre los derechos de libertad en lo fundamental reitera tal contenido, agregando que el derecho al ambiente sano conlleva que sea «libre de contaminación y en armonía con la naturaleza».

Adicionalmente existen otras normas que se relacionan con el derecho al ambiente sano: el artículo 27 vincula el desarrollo de la educación al respeto al «medio ambiente sustentable», el artículo 385 lo establece como condición para el desarrollo del sistema nacional de ciencia y tecnología; el artículo 32 lo relaciona con el derecho a la salud; el artículo 83.6 lo establece como deber de los ciudadanos; el artículo 276.4 comprende como uno de los objetivos del régimen de desarrollo; el artículo 391 lo posiciona en el ámbito de la movilidad humana. El artículo 395 establece cuatro principios ambientales; y, el artículo 396 da normas de sentido cautelar y reparador en relación con el ambiente.

En la faceta del derecho al ambiente sano, el constituyente mantiene una posición más –en sentido matizado– tradicional, esto es, los sitúa en la lógica de los derechos de tercera generación que se encuentra reconocido en varios ordenamientos jurídicos¹¹⁸. La concepción del derecho al ambiente sano trata de prevenir, cuidar o proteger el ambiente para el «bienestar de la persona»; es decir, el fundamento de la protección al ambiente es la persona, más no se considera al ambiente en sí mismo. La doctrina identifica claramente este aspecto al expresar: “al establecer que es un derecho de “toda persona” se trata de un derecho subjetivo general”¹¹⁹.

Aunque el constituyente conserva mucho del tradicional derecho a un ambiente sano, se incluyen también algunas innovaciones. Una de las principales, es que tal derecho es un medio para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* “cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual– que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional *bien común* reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere se diría hoy respeto a la *biodiversidad*) incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente”¹²⁰. Esta concepción está íntimamente ligada con la siguiente.

118 El derecho al ambiente sano resulta una de las perspectivas más admitidas en las Constituciones de muchos países. Así, por ejemplo el artículo 225 de la Constitución Política de la República Federal de Brasil, reconoce el derecho de la población «a un medio ambiente ecológicamente equilibrado» concebido como un «bien de uso común del pueblo», siendo «esencial para una sana calidad de vida» e imponiendo al Poder Público y la ciudadanía el deber de «defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras». También la Constitución Política de Colombia en sentido similar –aunque no precisamente igual– reconoce éste derecho en el artículo 79; como lo hace el artículo 4 inciso 5 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; el artículo 50 de la Constitución de Costa Rica; el artículo 18 de la Constitución Política de la República de Panamá; el artículo 42 de la Constitución de la Federación de Rusia y el artículo 45.1 de la Constitución Española. También en la doctrina se reflexiona sobre el derecho al ambiente sano: Jaume Vernet y Jordi Jaria, “El derecho a un ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional”, Teoría y realidad constitucional (España, No. 20, 2007), 513-533. En Ecuador véase Gonzalo Varillas y Danilo García, El derecho a un ambiente sano (Quito: Corporación de Gestión y Derecho Ambiental, 2007), 10-11.

119 María del Carmen Carmona Lara, Derechos en relación con el medio ambiente (México: Cámara de Diputados/UNAM, 2000), 10. En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español: “Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a «todos» el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación de [un ciudadano para demandar] es negar lo evidente. Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más –como ya hizo en sentencia de 9 de mayo de 1986– que los preceptos contenidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de «principios rectores de la política social y económica» no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas”: Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 2645/1989, de 29 de abril.

120 Eugenio Raúl Zaffaroni, “La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia”, Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 20.

2.2. La naturaleza como sujeto de derechos.

En el Preámbulo de la Constitución ya se posiciona el tema de la «naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia». El constituyente expresa la decisión de construir «Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*». El artículo 10 en su inciso segundo, al establecer los principios de aplicación de derechos dispone que la naturaleza será titular de los derechos que reconoce la Constitución.

La Constitución en el Capítulo séptimo, bajo el epígrafe “*Derechos de la naturaleza*”: reconoce a «la naturaleza o Pacha Mama, [como el lugar] donde se reproduce y realiza la vida» que tiene «derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos» (Art. 71 CRE). Se reconoce también «derecho a la restauración», como obligación independiente que tiene el «Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados» (Art. 72); y se dispone que «El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que pueda conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales» (Art. 73).

Que el constituyente haya reconocido a la naturaleza derechos es un tema de gran trascendencia, debido a que lo considera un ente importante en sí mismo, y por lo tanto merecedora de protección, por lo que al situarla como titular de derechos le otorga igual status que a las personas. Aunque la innovación más importante es lo referente a los derechos de la naturaleza, se ha dicho que el introducir el derecho al ambiente sano como presupuesto del buen vivir constituye también un aspecto relevante.

Que el preámbulo, y luego el artículo 71 de la Constitución utilice las palabras naturaleza y Pachamama demuestra que el constituyente no concebía el tema en sentido uniforme sino diverso; de ahí que “el reconocimiento de esos derechos [de la naturaleza] inevitablemente obliga a recordar las perspectivas llamadas “biocéntricas” [...] El reconocimiento de valores intrínsecos en el ambiente es uno de los puntos centrales, y con ello se busca romper con la postura antropocéntrica [...]”¹²¹.

121 Eduardo Gudynas, “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador” *Revista de Estudios sociales* (Bogotá: No. 32, abril de 2009), 38.

En que la Constitución contenga una filosofía biocéntrica implica la adopción de “un nuevo paradigma conceptual”¹²² que se orienta a innovar las posturas convencionales respecto de la naturaleza y las personas; siendo por lo tanto, que el reconocimiento vanguardista de la naturaleza como sujeto de derechos no solo intenta la protección de la naturaleza para el bienestar de las personas sino que sienta las bases para un cambio en la forma de concebir y entender el desarrollo de la vida en su conjunto.

Así en razón de la filosofía biocéntrica, lo que existe en la tierra ya no puede, ni debe considerarse un objeto, bienes o servicios; no puede mirarse a la naturaleza en función de la utilidad que representa para el ser humano sino que “pone énfasis en valorar todas las formas de vida, tanto humanas como no-humanas”¹²³. Por ello es importante destacar que la legislación ambiental tiene importancia global frente a problemas que no tienen fronteras como: la extinción de especies, cambio climático, contaminación transfronteriza. Si bien existen diferencias entre una (ambiente) y otra faceta (naturaleza), el carácter complementario de ambas:

[...] el contenido de los derechos reconocidos constitucionalmente a la naturaleza [pero] diferenciándolos de los derechos ambientales, para lo cual es necesario partir de una lectura concienzuda de todo el articulado constitucional, al punto de ser capaces de distinguir que la protección generada mediante el *derecho ambiental* hace que los titulares de éstos derechos (y sus garantías) seamos las personas y no la naturaleza. Así, en el caso del derecho ambiental, aunque se generan obligaciones a favor de la naturaleza, en todo caso el derecho ambiental tiene por objeto precautelar derechos humanos, pues las personas son quienes tienen el derecho (y necesitan) vivir en un ambiente sano y equilibrado.¹²⁴

Como el Derecho es una herramienta importante como medio para la consecución de la justicia, las normas ambientales son de particular relevancia para protegerlo. El tema tiene mayor trascendencia, si tenemos presente que los fallos en justicia ambiental no se quedan en la solución del conflicto o la reparación de los daños de los agraviados individualmente, sino que más allá de ello se garantiza a las generaciones presentes y futuras el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente

122 Andrés Borja Ortiz, “Derechos de la Naturaleza”, en Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano (Quito: IREDH, julio de 2009), 125.

123 Eduardo Gudynas, “Las senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, Tabula rasa (Bogotá: No. 13, julio-diciembre de 2010), 50.

124 Julio Marcelo Prieto, Derechos de la naturaleza. Fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 87.

equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza; pero no sólo eso, sino que permite conservar especies, plantas, el agua como parte de un sistema del que las personas formamos parte. El derecho vale en cuenta se haga efectivo; y, para ello existen los órganos jurisdiccionales.

3. Principios en la Constitución de 2008.

La Constitución ecuatoriana contiene algunos principios relacionados con ambiente y la naturaleza. En primer lugar, se determinan explícitamente cuatro principios ambientales conforme lo dispuesto por el artículo 395:

1. Modelo de desarrollo sustentable, esto es, que el desarrollo debe sujetarse a condiciones ambientalmente equilibradas, respetuoso de la diversidad cultural, conservando la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y que asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

2. La transversalidad de las políticas de gestión ambiental siendo obligatorio su cumplimiento en todo el territorio nacional «por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas».

3. La garantía de la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en actividades que generen impacto ambiental tanto en su planificación, ejecución y control.

4. Indubio pro natura, por el cual «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».

5. Se constitucionaliza la **responsabilidad objetiva** por daños ambientales (Art. 396 inc. 2). La reversión de la carga de la prueba, esto es al gestor de la actividad le corresponde demostrar la inexistencia del daño (397.1).

Responsabilidad significa «la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero»¹²⁵; este concepto nos lleva al daño, así como

125 Joaquín Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia (París: Librería de Rosa, Bouret y C, 1851), 1440.

también a la reparación. El daño genera en la persona una reacción derivada de la propia naturaleza humana, desde los inicios de la humanidad la persona ha experimentado reacción frente a las afectaciones, por ello se ha dicho:

El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia o aun el azar que haya conducido la mano que ha causado el mal. La pasión impone la expiación aun del inocente¹²⁶.

El daño en materia ambiental es un asunto de gran trascendencia no sólo en el Ecuador sino a nivel internacional. El constituyente ha establecido la responsabilidad ambiental objetiva debido a que el sistema de responsabilidad instituido en el Código Civil ecuatoriano resulta insuficiente para enfrentar los daños; pues el artículo 2214 del Código Civil establece una responsabilidad individual y personal por daños derivados de acciones u omisiones propias: «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito»; también existe responsabilidad por daños causados por las personas que están a su cargo, cuidado o dependencia (Art. 2220), o de las cosas que son de su propiedad (Art. 2223) o de las cuales se sirve (Art. 2228). Todos éstos presupuestos constituyen un sistema tradicional de responsabilidad, en el que son indispensables tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. Una culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.

El artículo 2229 del Código Civil –aunque con una redacción no muy técnica, y claro está desfasada de la actualidad– contempla otro sistema de responsabilidad, al precibir; «Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta». Nótese que, más allá de reiterar la malicia, en este artículo el legislador no usa exclusivamente la culpa como fuente de responsabilidad sino la “negligencia”; pero más aún, el catálogo establecido por el legislador

126

Rudolf von Ihering, *Études Complémentaires de l'Esprit de Droit Romain. De la Faute en Droit Privé* (París: 1880), 10.

lleva a pensar que su pretensión era, no reiterar un sistema que ha desarrollado en artículos precedentes sino establecer aquello que la doctrina ha identificado como régimen de responsabilidad por actividad riesgosa; prueba de ello es que en el numeral 5 hable de la obligación de reparar por artículos u objetos que presenten defectos de elaboración o construcción; o el provocar combustiones o explosiones, debiendo tenerse presente que este catálogo se ha establecido únicamente a título ejemplificativo, más no taxativo.

De ahí que el tema de la responsabilidad objetiva en materia ambiental en el Ecuador tenga su antecedente más representativo en la teoría de la actividad riesgosa, acogida hace algunos años por la jurisprudencia de la entonces Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en año 2002, precisamente en daños relacionados con actividades petroleras:

Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. [...] la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburiíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad [...] el principio *onus probandi incumbit actori*, no es aplicable en los supuestos en que al actor se le releva de la carga de la prueba y se le transmite al demandado. [...] cuando se trata del reclamo de reparaciones civiles por obligaciones extracontractuales derivados de daños por actividades o explotaciones peligrosas, en cuyo supuesto incumbe a la parte demandada la carga de la prueba de que el daño se produjo por causa mayor y caso fortuito, por culpabilidad de un tercero, o por culpabilidad exclusiva de la víctima¹²⁷.

Así la Sala de Casación Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia condenó a PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PE-

127 Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de Casación Civil y Mercantil, Recurso de Casación No. 31-2002. Registro Oficial No. 43, de 19 de marzo de 2003.

TROINDUSTRIAL y PETRO PRODUCCIÓN a reparar daños a una comunidad producto de derrames petroleros. Claro está que el sujeto de protección jurídica no era la naturaleza en sí misma, pero constituye un importante precedente en materia probatoria; además la sentencia dispuso la remediación del entorno natural afectado, entre los que consta el Río Teone de Esmeraldas.

Con la vigente Constitución, en el año 2012 la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, al conocer un recurso de apelación en un proceso de acción de protección, ha expuesto lo siguiente:

Los accionantes no debían probar los perjuicios sino que el Gobier-

no Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente. Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrimado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien esté en mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene tan irónicamente que tal daño no existe. La inversión de la carga de la prueba, en materia de justicia ambiental es admitida por algunos sistemas jurídicos de países como Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Alemania y otros de la Comunidad Europea, de manera que lo que se ha pretendido con la Constitución Ecuatoriana de Montecristi es actualizar nuestro sistema procesal ambiental de acuerdo con las propensiones modernas de esta rama del Derecho. El artículo 397 de la Constitución señala que “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”, lo que implica que correspondía al Gobierno Provincial de Loja demostrar que la apertura de esa carretera no está provocando daño ambiental¹²⁸.

También la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ha ratificado la aplicación de la responsabilidad objetiva en procesos relacionados con temas ambientales, especialmente en el caso contra Chevron Corporation.

6. Normas de carácter cautelar y reparador: En sentido *cautelar*, y en relación con el ambiente, el artículo 396 de la Constitución

128

Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala de Penal, Colusorio y Tránsito, Acción de Protección No. 0010/2011, Richard Fredrick Wheeler, Eleanor Geer Huddle vs Gobierno Provincial de Loja.

establece la obligación de evitar «los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre del daño»; incluso ante la ausencia de evidencia científica respecto del daño no se releva al Estado de la obligación de adoptar medidas de protección eficaces y oportunas (Art. 396 inc.1). Se establece la obligación del Estado de incentivar a personas naturales y jurídicas la protección de naturaleza (Art. 71 inc. 3), así como de aplicar medidas de precaución (Art. 73 inc. 1).

En sentido *reparador*, se impone al Estado el deber de acción inmediata y subsidiaria con la finalidad de garantizar la salud y lograr la restauración; se prevé también un sistema de responsabilidad para los servidores públicos responsables de realizar el control ambiental (Art. 397). Se reconoce a la naturaleza el derecho a la restauración como proceso independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados (Art. 72).

El inciso final del artículo 396 declara la imprescriptibilidad de las acciones legales y las sanciones en cuestiones ambientales.

4. El acceso a la jurisdicción, y la legitimación para reclamar los derechos.

Si bien en el Ecuador no existen jueces llamados propiamente ambientales, en cada una de las materias especializadas existen acciones, procedimientos y procesos en los que se puede requerir tutela, tanto de los derechos de la naturaleza como de los derechos de las personas en relación con el ambiente. Además, el legislador a través del Código Orgánico de la Función Judicial vigente desde 2009 faculta al Consejo de la Judicatura para crear juzgados especiales, entre ellos, en materia de *derechos de la naturaleza*:

En cualquier tiempo, atendiendo al mandato constitucional, el Consejo de la Judicatura podrá establecer judicaturas especiales de primer nivel, para que conozcan de las reclamaciones por violación de los derechos de la naturaleza [...] (Art. 246).

Respecto del acceso a la justicia, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de toda persona al «acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses», además prescribe que en ningún caso quedará en indefensión (Art. 75). Como

sabemos la tutela implica obtener una respuesta¹²⁹; de ahí que la tutela judicial efectiva se postula como uno de los derechos más importantes, al menos más importantes en relación con la jurisdicción; y, se lo ha definido como el “derecho de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que se otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada”¹³⁰. El derecho de tutela judicial tiene algunas implicaciones: el acceso a los órganos judiciales; el desarrollo del proceso con las garantías mínimas; la motivación de la decisión; eventualmente la interposición de recursos; la intangibilidad de la decisión firme; y, la ejecución de la decisión; cuestiones que permiten catalogarlo como un derecho complejo.

Además del artículo 75 de la Constitución, el constituyente ha previsto normas específicas, respecto del derecho al ambiente sano:

Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental [...] (Art. 397.1).

También se ha establecido una norma respecto de la legitimación en caso de los derechos de la *naturaleza*:

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda (Art. 71 inc. 2).

De esta forma se supera la tradicional vinculación del interés con la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y recabar tutela en casos de derechos relacionados con el ambiente y de la naturaleza. Además, de una interpretación contextualizada de las normas constitucionales y legales, bien podría que el acceso a la justicia es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico ecuatoriano, más aún cuando el artículo 1 de la Constitución define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y *justicia*.

129 Francisco Chamorro Bernal, La tutela judicial efectiva (Barcelona: Bosch, 1994), 4.

130 Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatoriano” en Foro, (Quito: Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, No. 14, 2010), 8.

En armonía con las normas constitucionales, el proyecto de Código Orgánico General de Proceso según consta del informe para primer debate en la Asamblea Nacional, reconoce en idéntico sentido una amplia legitimidad en la materia:

La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, que podrá ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.

La o el Defensor del Pueblo, por iniciativa propia o en representación de alguna persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, podrá demandar los derechos de la naturaleza (Art. 32).

5. Ámbitos de acceso a la justicia ambiental

La Constitución del Ecuador en concordancia con las directrices del principio 10 de la Declaración de Río, ha establecido cauces para el libre acceso a la justicia ambiental (Art. 397.1 y 71 inc. 2 CRE); existiendo así algunas vías: en la jurisdicción constitucional a través de las acciones: de protección, de incumplimiento, de acceso a la información, extraordinaria de protección e inconstitucionalidad; en la jurisdicción contenciosa administrativa; en la jurisdicción penal; y las acciones civiles. Una de las acciones más representativas es, una acción de carácter civil que radica la competencia en primera instancia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia (Art. 42) según lo previsto en la Ley de Gestión Ambiental (1999), previniendo el procedimiento verbal sumario que se desarrollara más adelante.

5.1. La jurisdicción constitucional.

Con la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos reconocidos a los sujetos de derechos, la Constitución de 2008 establece acciones constitucionales que operan como mecanismos para recabar de los jueces no solo tutela de los derechos, sino también la «reparación integral», que es una obligación de los jueces ante la constatación de vulneración de derechos constitucionales: “La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse” (Art. 86.3 CRE).

El procedimiento para la sustanciación de las acciones constitucionales (Art. 86.2 CRE) es:

- a) Sencillo, rápido y eficaz;
- b) Oral en todas sus fases e instancias;
- c) Todos los días y horas son hábiles;
- d) Se excluyen las formalidades, entre ellas, no es necesario el patrocinio de un abogado;
- e) La posibilidad de efectuar las notificaciones por los medios más eficaces.

El legislador ha previsto los principios de gratuidad de la justicia constitucional; impulso de oficio del proceso; exclusión de formalidades; economía procesal y *iura novit curia* (Art. 4 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)¹³¹.

5.1.1. Acción de protección.

La acción de protección es una garantía que tiene por objeto el «amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución» (Art. 88 CRE) lo que hace una de las garantías más importantes no sólo para las personas sino también para la naturaleza. La principal innovación del constituyente de 2008 respecto de la Constitución de 1998, es que la acción de protección tiene carácter definitivo y no meramente cautelar como sucedía con el recurso de amparo. De ello se deriva que una sentencia dictada en acción de protección, una vez que se encuentre ejecutoriada es intangible.

En primera instancia un juez de cualquier materia o especialidad (Art. 86.2 CRE y Art. 7 inc. 1 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) es competente para conocer la acción, la misma que se radica mediante el sorteo respectivo. De la decisión de primera instancia, se puede interponer recurso de apelación ante una Sala Especializada de la Corte Provincial, cuya competencia se radicará también por sorteo.

Toda -o cualquier- persona puede interponer una acción de protección a favor de la naturaleza, debido a que se trata de la protección de un derecho a través de representación. Parte de esa lógica es que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, refiriéndose al contenido de la demanda de garantía (constitucional) en su artículo 10.1 distingue entre las calidades de accionante y afectado (el accionante podría ser una persona y el afectado la naturaleza).

131

Publicada en el Registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009.

Si alguna duda queda respecto de la plena posibilidad de concurrir a los órganos jurisdiccionales para recabar tutela de los derechos de la naturaleza, no debe olvidarse el principio *indubio pro natura* contenido en el artículo 395.4 de la Constitución, por el que se dispone que en caso de duda las normas deben interpretarse en «el sentido más favorable a la protección de la naturaleza».

En la práctica se han presentado dos acciones de protección en las que se invocan los derechos de la naturaleza, y ciertas personas han comparecido en calidad de *accionantes*, sin ser afectados. Específicamente, la propuesta por Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle en contra del Gobierno Provincial de Loja Provincia de Loja, por los trabajos en una vía que realizaba la institución, que ha sido resuelta en sede de apelación por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, que ha expresado:

Dada la indiscutible, elemental e irresumible importancia que tiene la Naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado. Razona esta Sala que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los Jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la Naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja sólo con la certeza de daño “sino que se apunta a la probabilidad”¹³².

En la otra acción de protección se interponía contra la Empresa Petrolera Brithis Petroleum, argumentando la afectación de los derechos de la naturaleza por el derrame ocurrido en el Golfo de México. El argumento de los accionantes se centraba, en que la naturaleza constituye una unidad y la afectación que ocurriese en cualquier lugar, es afectación de esa unidad; y debido a que la Constitución ecuatoriana reconoce derechos a la naturaleza, se otorgaría “jurisdicción universal” a jueces ecuatorianos para proteger los derechos de la naturaleza en cualquier lugar; lo que no ocurrió en este caso, debido a cuestiones de jurisdic-

132 Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala de Penal, Colutorio y Tránsito, Acción de Protección No. 0010/2011, Richard Fredrick Wheeler, Eleanor Geer Huddle vs Gobierno Provincial de Loja.

ción y competencia de jueces ecuatorianos sobre una empresa petrolera británica, habiendo dejado expuesto la Sala de apelación que resulta improcedente su pretensión¹³³.

5.1.2. Acción de acceso a la información pública.

Otra garantía constitucional, es la de acción de acceso a la información pública. A través de esta acción se «garantiza el acceso [a la información] cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información», conforme lo previene el artículo 91 de la Constitución.

La competencia para el conocimiento de esta acción, en primera instancia corresponde a un juez de cualquier materia o especialidad (Art. 86.2 CRE y Art. 7 inc. 1 LOGJCC) mediante el sorteo respectivo; decisión que puede ser recurrida en apelación ante una Sala de la Corte Provincial.

Aunque esta garantía se ha establecido para tutelar el derecho de las personas de acceder a la información pública en sentido general, bien puede interponerse una acción de este tipo con la finalidad de acceder a información en relación con el ambiente, así como la relacionada con la naturaleza. En cuanto al trámite de esta acción se rige conforme las normas generales establecidas en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sobre todo esta acción constitucional resulta relevante, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido la importancia que tiene el acceso a la información en temas relacionados con el ambiente, al señalar que ésta sirve como elemento para activar el control social respecto de la gestión de los órganos del Estado¹³⁴. De ahí que con el establecimiento de la acción de acceso a la información pública, la Constitución ecuatoriana garantiza a todos los ciudadanos conocer las acciones de gobierno y administración.

133 Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, acción de protección No. 0532/2012, Shiva Vandana, Chancoso Blanca, Cherrez Cecilia, Bassey Nnimmo, Tenesaca Delfin, Acosta Alberto, Gongora Lider vs Britihs Petroleum.

134 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs Chile, sentencia fondo, reparaciones y costas, de 19 de septiembre de 2006, párr. 99.

5.1.3. Acción de incumplimiento.

El artículo 93 de la Constitución establece la acción de incumplimiento que debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional como un mecanismo para «garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible».

Pese a su redacción general no puede negarse que, ante el incumplimiento de normas, así como de sentencias o informes de organismos internacionales en temas relacionados con el ambiente y la naturaleza se puede deducir perfectamente esta acción. Esta acción es de competencia del pleno de la Corte Constitucional, que a través de una Sala debe admitir o inadmitir la acción; en caso de admitirse se nombrará un juez ponente y se convocará a una Audiencia dentro de las 24 horas siguientes, en la que el accionante deberá justificar el incumplimiento, pudiendo incluso otorgarse un término de prueba (Art. 57 LOGJCC).

5.1.4. Acción extraordinaria de protección.

Mediante la acción extraordinaria de protección (Art. 94 CRE) se establece un sistema de control de constitucionalidad a las «sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución». El término para su interposición es de 20 días contados desde que la decisión que se impugna se encuentra ejecutoriada (Art. 60 LGJCC), correspondiendo su conocimiento al pleno de la Corte Constitucional. El procedimiento prevé la conformación de una Sala de Admisión que adoptará la decisión de tramitar la acción o inadmitirla y archivarla (Art. 62 LGJCC); luego de lo cual debe asignarse el ponente del caso, y acordar la sentencia por el pleno de la Corte Constitucional.

5.1.5. Acción de inconstitucionalidad.

El artículo 436 numeral 2 de la Constitución otorga competencia a la Corte Constitucional pronunciarse sobre «las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado».

Es menester tener en cuenta, que al ser la naturaleza titular de derechos bien puede intentarse esta acción contra Leyes, reglamentos, decretos,

acuerdos e incluso contra resoluciones ministeriales con efectos generales que afecten los derechos de las personas en relación con el ambiente, o que afecten los derechos de la naturaleza.

Las normas procesales en relación con la acción pública de inconstitucionalidad se prevén a partir del artículo 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. Se debe destacar que, puede plantearse demanda de inconstitucionalidad por omisión normativa en materia de normas ambientales conforme el artículo 128 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales.

5.2. La actuación de la administración, y la jurisdicción contenciosa administrativa.

El Estado central y los órganos de gobierno descentralizados no sólo que tienen facultades para establecer políticas, planes y programas en materia ambiental sino que la legislación ha establecido facultades administrativas y sancionadoras, no sólo respecto de los servidores públicos sino incluso sobre los particulares. Tales decisiones de la administración pueden ser impugnadas ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que resuelven en primera instancia, pudiendo recurrirse mediante casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Una de las principales normas en esta materia es la Ley de Gestión Ambiental, que distingue dos situaciones de actuación de la administración:

a) En primer lugar, el incumplimiento de las normas de protección ambiental por parte de los servidores públicos, ya sea acción u omisión. El artículo 44 de la Ley de Gestión Ambiental establece que «cualquier persona natural, jurídica o grupo humano, podrá solicitar por escrito acompañando las pruebas suficientes al superior jerárquico que imponga las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar».

Lo previsto por el legislador no es cosa menor, pues se trata del ejercicio de la facultad administrativa sancionadora; facultad que no está reservada para el Ministerio del Ambiente sino que se otorga a cualquier dependencia del Gobierno central o incluso de los gobiernos autónomos descentralizados. No obstante, la amplia facultad que otorga la ley no es todo; ya que el segundo inciso del artículo 44 de la misma Ley, ha establecido el silencio administrativo positivo: «El superior jerárquico resolverá la

petición o reclamo en el término de 15 días, vencido el cual se entenderá, por el silencio administrativo, que la solicitud ha sido aprobada o que la reclamación fue resuelta en favor del peticionario».

Respecto del procedimiento que debe observar la autoridad administrativa, el legislador remite al procedimiento para la sanción de infracciones previsto en el Código de Salud Ecuatoriano.

b) En segundo lugar, las sanciones administrativas impuestas a *particulares*. Se establece (Art. 42 LGA) que: «Cuando los particulares, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente adoptará, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley, las siguientes medidas administrativas:

a) Decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción; y,

b) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días».

En el ámbito de otras normas, el artículo 86 de la Ley de Minería¹³⁵ determina que la autoridad legal en materia administrativa respecto de los daños ambientales es el Ministerio del Ambiente; y, el artículo 91 de la misma ley, que reconoce acción popular para denunciar los impactos de actividades mineras:

Existirá acción popular para denunciar las actividades mineras que generen impactos sociales, culturales o ambientales, las que podrán ser denunciadas por cualquier persona natural o jurídica ante el Ministerio del Ambiente, previo al cumplimiento de los requisitos y formalidades propias de una denuncia, tales como el reconocimiento de firma y rúbrica.

El Ministerio del Ambiente adoptará las medidas oportunas que eviten los daños ambientales cuando exista certidumbre científica de los mismos, resultantes de las actividades mineras.

En caso de duda sobre el daño ambiental resultante de alguna acción u omisión, el Ministerio del ambiente en coordinación con la Agencia de

Regulación y Control adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas, las que en forma simultánea y en la misma providencia ordenará la práctica de acciones mediante las cuales se compruebe el daño

De su parte el artículo 95 literal c) del Reglamento a la Ley de Minería¹³⁶ establece como causal de suspensión de actividades mineras el incumplimiento de la licencia ambiental.

La jurisdicción contenciosa administrativa no sólo que tiene fundamento constitucional: «Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial» (Art. 173 CRE), sino que ya con anterioridad se promulgó la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa¹³⁷, previniendo dos tipos de acciones

El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Las competencias ambientales en los órdenes administrativos

Además es importante anotar, que los órganos administrativos de diferentes niveles tienen competencias exclusivas o concurrentes en temas relacionados con el ambiente. Según el artículo 261 numerales 7 y 11 el Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre las áreas naturales protegidas y los recursos naturales, energéticos, la biodiversidad y recursos forestales. De conformidad con lo previsto en el artículo 263 numeral 4, los Gobiernos Provinciales tienen competencias exclusivas sobre la gestión ambiental provincial; según el artículo 264 numerales 2 y 4 los Gobiernos Municipales tienen competencias sobre uso de suelo

¹³⁶ Expedido mediante Decreto Ejecutivo 119, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 67, de 16 de noviembre de 2009.

¹³⁷ Publicada en el Registro Oficial No. 338, de 18 de marzo de 1968.

y prestación de servicios públicos que están vinculados directamente con temas de saneamiento ambiental. De estas competencias pueden derivarse también competencias en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.3. La justicia civil.

El resarcimiento de daños ha sido una cuestión que se ha desarrollado de forma prevalente en el derecho civil¹³⁸; se trata más explícitamente del derecho que sirve de fundamento para determinar la responsabilidad civil¹³⁹. En este ámbito el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé dos acciones vinculadas a temas ambientales; están previstas en la Ley de Gestión Ambiental, en relación con las norma del Código Civil: el primer caso, permite requerir reparación a intereses individuales o indemnización por derechos subjetivos afectados (víctimas); y, en el segundo, se puede demandar por incumplimiento de normas ambientales.

Para demandar por derechos subjetivos, es decir, para el caso de la víctima se prevé: «Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común, y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos» (Art. 43 LGA).

Lo primero que debe decirse es que mediante esta acción se responde al interés directo de quien tiene la calidad de afectado; y ésta demanda debe tener origen en daños a la salud, afectación al medio ambiente incluyendo la biodiversidad. Esta acción está técnicamente diseñada para proteger a las personas en el ejercicio de su derecho al ambiente sano. El mismo artículo contiene algunas otras cuestiones relevantes:

Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y al diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comuni-

138 Luis María Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid: Civitas, 1999), 19 y ss.

139 Raúl Torres Kirmser, "La responsabilidad civil: una materia en constante evolución. La responsabilidad sin culpa", en *Responsabilidad civil. Daños y perjuicios* (Asunción: Corte Suprema de Justicia/División de Investigación, 2008).

dad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

El conocimiento, sustanciación y resolución de las demandas de daños y perjuicios por interés directo son competencia de los Jueces de lo Civil en primera instancia; puede recurrirse en apelación ante la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la respectiva Corte Provincial; y, en recurso extraordinario de casación ante la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. El procedimiento verbal sumario se encuentra reglado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 828 y ss.); prevé la realización de una audiencia de conciliación, término de prueba por 6 días, luego la adopción de la sentencia.

La segunda acción tiene una naturaleza especial, pues se denomina «acción pública» para la protección de los derechos ambientales individuales y colectivos que permite a las «personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente» (Art. 41 LGA). Además, existe una norma que dispone: «Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos» (Art. 42 LGA).

Lo destacable de esta acción es que no está sujeta a la interposición por quien ostente la calidad de víctima, sino que se encuentra concedida a todas las personas, siendo el único requisito la violación de las normas del ambiente. El juez competente para el conocimiento de esta acción es el Presidente de la Corte Provincial respectiva.

El caso de *María Aguinda y otros vs Chevron Corporation*, es una especie de estas acciones: ha sido el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos el que ha conocido y sustanciado el proceso en calidad de juez de primera instancia, la demanda se fundamenta en daños y perjuicios cometido al ambiente; pero también se han considerado cuestiones del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, tanto que el tema de la indebida aplicación de ésta última ha sido objeto expreso del recurso y la sentencia de casación. Para ser exacto, en ese proceso los jueces han interpretado y aplicado de forma complementaria los ar-

títulos 41, 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental, así como las normas contenidas en los artículos 2214 y 2236 del Código Civil. En virtud del recurso de apelación interpuesto por Chevron Corporation el proceso fue conocido por la Sala Única de la Corte Provincial de justicia de Sucumbíos que ratificó la sentencia de instancia; y, en virtud del recurso de casación de la empresa demanda el proceso estuvo en conocimiento de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que casó parcialmente la sentencia de apelación; en lo principal, se ratifica la condena por los daños ambientales, pero se excluye la condena por daños punitivos.

5.4. La justicia penal.

Las normas penales resultan ser uno de los temas más delicados en el marco del Estado constitucional; pues, ningún proceso judicial tiene una incidencia de gran trascendencia en la vida de las personas como la legislación penal. Incluso el legislador es consciente de esta ambivalencia, al reconocer que “el derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción”¹⁴⁰.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador cuya vigencia rige a partir del 10 de agosto del presente año ha establecido un Capítulo para desarrollar los delitos contra el ambiente y la naturaleza. Los delitos en esta materia se establecen así:

1. La sección primera del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra la biodiversidad*». Aquí se tipifican conductas como: invasión de áreas de importancia ecológica (Art. 245); incendios forestales y de vegetación (art. 246); delitos contra la flora y fauna silvestre (Art. 247); delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional (Art. 248). Las penas para estos delitos se establecen entre el rango de uno a cinco años de privación de la libertad.

2. La sección segunda del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra los recursos naturales*». Aquí se tipifican conductas como: delitos contra el agua, en lo fundamental contaminación

(Art. 251); delitos contra el suelo (Art. 252); contaminación del aire (Art. 253). Las penas para estos delitos se establecen en el rango de tres a cinco años de privación de la libertad.

3. La sección tercera del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra la gestión ambiental*». Aquí se tipifican conductas como: gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas, se destacan sanciones especiales para los casos de armas químicas, biológicas o nucleares; químicos prohibidos; diseminación de enfermedades con privación de libertad de dieciséis a diecinueve años (Art. 254); y, la falsedad u ocultamiento de información ambiental (Art. 255).

En esta sección se prevé además algunas disposiciones comunes, resultando destacable la obligación de restaurar integralmente y de reparar a las comunidades afectadas (Art. 257). Como el Código establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 49), que para el caso de delitos previstos en esta sección se establecen sanciones especiales que en función de la proporcionalidad van desde 100 a 1000 salarios básicos unificados por concepto de multa (Art. 258).

4. La sección quinta del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra los recursos naturales no renovables*». Si bien es cierto, estos no son propiamente delitos ambientales o contra la naturaleza, dada la trascendencia de la actividad minera están relacionados estrechamente con los derechos de la naturaleza y con el medio ambiente, resulta oportuno señalar la existencia del delito de actividad ilícita de recursos mineros previsto en el artículo 260, que establece una pena privativa de libertad de siete a diez años.

El órgano encargado de la investigación tanto en fase preprocesal como procesal penal es la Fiscalía del Estado conforme lo previsto en el artículo 195 de la Constitución. De otro lado, según información proporcionada por la misma Fiscalía, la mayor cantidad de denuncias en temas relacionados con delitos ambientales las interponen otras instituciones del Estado en cumplimiento de sus funciones de control, de éstas instituciones la Contraloría del Estado es una de las más importantes, ya que incluso cuenta con una unidad especializada para la realización de auditorías en materia ambiental.

Dada la reciente entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal aún no existen personas sancionadas penalmente por los delitos allí

Dada la reciente entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal aún no existen personas sancionadas penalmente por los delitos allí tipificados. Pero existen procesos en trámite, e incluso personas sancionadas por los delitos tipificados en la legislación penal recientemente derogada; pues se debe tener en cuenta, que mediante Ley No. 49, publicada en Registro Oficial 2 de 25 de Enero del 2000 se introdujo un Capítulo que tipificaba los delitos contra el ambiente.

Los procesos penales según el Código de Procedimiento Penal ahora ya derogado comprendía: etapa instrucción fiscal y preparatoria de juicio que eran sustanciados por los Jueces de Garantías Penales; dictado el auto de llamamiento a juicio, el proceso pasaba a conocimiento de un Tribunal de Garantías Penales que debía dictar sentencia condenatoria o confirmatoria de inocencia; de dicha sentencia se podía interponer recurso de apelación y nulidad ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial respectiva, y de esta decisión recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

El vigente Código Orgánico Integral Penal ha establecido ahora la etapa de instrucción; y, evaluación y preparatoria de juicio que serán sustanciadas y resuelta por los Jueces de Garantías Penales, manteniéndose el sistema de Tribunales de Garantías Penales para la etapa de juicios, y los recursos ante la Corte Provincial y la Corte Nacional de Justicia respectivamente.

Respecto del juez competente en materia de juzgamiento de los delitos ambientales cabe destacar la resolución No. 08-2012 adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 25 de julio de 2012. Al resolver la consulta formulada por el Fiscal General del Estado ante dudas generadas respecto de la aplicación de la Ley de Gestión Ambiental que prevé que el juez competente en acciones relacionadas con temas ambientales es el presidente de la Corte Superior de Justicia (hoy provincial) y las disposiciones del entonces Código de Procedimiento Penal, el Pleno de la Corte dispuso que los Jueces y Tribunales de Garantías Penales de la sección territorial donde se cometió la infracción son competentes para conocer, sustanciar y resolver los procesos penales por conductas punibles relacionadas con temas ambientales, con excepción de los casos de fuero¹⁴¹.

Las diferentes vías por las que puede accederse a la justicia en materia ambiental en el Ecuador, permiten el ejercicio efectivo de los derechos. De esta forma se asegura no sólo los derechos de los ciudadanos, sino incluso la preservación de la naturaleza para las futuras generaciones.

“La Protección Jurisprudencial del Medio Ambiente en Colombia”

María Claudia Rojas. Presidenta del Consejo de Estado. Colombia

Muchísimas gracias, un saludo muy cordial para el señor Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago, para todos sus miembros, para todos los magistrados, abogados, académicos, para todos los que nos acompañan. Me siento muy honrada de haber recibido esta invitación y de encontrarme en este importante Foro.

Empiezo por decir que resulta especialmente significativo que nos estemos preocupando por este tema en un momento en que el 83% de la superficie terrestre está afectada y el 60% de los ecosistemas en el mundo se ha alterado.

En el caso colombiano, que me corresponde exponer, puedo decir que Colombia realmente ha hecho avances muy significativos en materia de protección del medioambiente. No solamente ha suscrito los principales tratados internacionales que tienen que ver con la protección del medioambiente, sino que a nivel interno tiene los mecanismos tanto normativos como judiciales para su protección.



María Claudia Rojas.
Presidenta del Consejo
de Estado. Colombia

Desde el año 1974, después de la declaración de Estocolmo del año 1972, se expidió en Colombia el Código de Recursos Naturales Renovables, en el cual ya se plasmaba que el medioambiente era un patrimonio común y merecía protección.

Posteriormente, en el año 1993, se expidió una de las leyes más importantes en materia de protección del medioambiente, la Ley 99 de ese año después de la Cumbre de Río de Janeiro en el año 92. En esta Ley 99 se crea el Ministerio del Medioambiente y se crea el SINA, que es el Sistema Nacional Ambiental, que comprende toda la estructura para la protección del medioambiente.

En Colombia la protección del medioambiente a nivel jurisprudencial se da a través de la Corte Constitucional, mediante el control abstracto de constitucionalidad, y del Consejo de Estado, la justicia contenciosa administrativa, a cuya cabeza esta, precisamente, el Consejo de Estado.

En la Constitución de 1991 aproximadamente 50 artículos, quizás más, tratan el tema del medioambiente de una manera directa o indirecta. En la Constitución por ejemplo se establece el derecho a gozar de un ambiente sano, se consagra el medioambiente como derecho y al mismo tiempo como deber, porque al consagrar los deberes de los ciudadanos, consagra como deber el de proteger los recursos culturales y naturales y velar por la conservación de un ambiente sano.

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha venido sentando los principios que preservan el medioambiente. Así, por ejemplo, consagra el principio de precaución, que fue establecido en la Convención de Río de Janeiro en el año 92, consagra también el principio de *“el que contamina paga”* y así por ejemplo la Corte ha dicho que todo aquel que cause un daño ambiental debe indemnizarlo, consagra también que el medioambiente es un derecho fundamental y como tal puede ser protegido mediante la acción de amparo, acción de tutela le llamamos en nuestro país.

Esta doble condición del medioambiente como derecho fundamental que puede ser protegido mediante la acción de tutela que le llamamos nosotros o mediante una acción popular, es muy significativa porque permite proteger el medioambiente a título individual o a título colectivo. Más adelante trataré de explicarles cómo se protege en Colombia este medioambiente.

Tenemos otro principio fundamental, que es la internacionalización de las relaciones ecológicas. La Constitución Política establece el concepto del Estado de promover la internacionalización de las relaciones ecológicas y al respecto la Corte ha señalado que en oposición al principio según el cual la soberanía de los estados implica su autodeterminación y consecuente defensa de derechos particulares, enmarcado dentro del límite de las fronteras políticas, la degradación del medioambiente, al desbordar estas fronteras, se convierte en un problema global. Esto es muy significativo porque en Colombia, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional son muy conscientes de que la protección del medioambiente trasciende las fronteras y trasciende el derecho interno, por esto el apoyo a los tratados internacionales que protegen el medioambiente ha sido fundamental en el desarrollo de la jurisprudencia.

Otro principio que establece la Corte Constitucional, es el concepto de Constitución Ecológica, precisamente la multitud de artículos que consagran la protección al medioambiente en la Constitución Colombiana ha llevado a que se le denomine Constitución Ecológica o Constitución Verde.

La ecologización de la propiedad privada es también un principio fundamental de nuestra constitución. Desde el año 36 en la anterior Constitución de Colombia se había traído el concepto de Función Social de la Propiedad, la Constitución del 91 agrega a este concepto de Función Social el concepto de Función Ecológica y se establece que la propiedad tiene una función ecológica que cumplir, por lo tanto trasciende el ámbito del derecho privado.

El derecho al agua potable de todos los ciudadanos, es otro principio de fundamental que ha establecido la Corte Constitucional, que puede ser protegido mediante la acción de amparo.

Pero al margen de esta jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia muy amplia en materia de protección ambiental. Voy a destacar alguno de los fallos más importantes y me voy a detener en dos últimos que han marcado un hito en el último año de la protección ambiental en Colombia.

El Consejo de Estado como cabeza, la jurisdicción contenciosa administrativa tiene a su cargo las acciones populares, creadas por la constitución del 91 y son el mecanismo idóneo para la defensa del medioambiente en Colombia. Corresponde el conocimiento de las acciones populares

a la justicia contenciosa administrativa, que tiene a la cabeza al Consejo de Estado. Dentro de estas acciones populares ha habido en Colombia unas muy significativas en materia de protección del medioambiente, para citar solamente algunos ejemplos, ha habido varios fallos que se han referido a los rellenos sanitarios, a su ubicación, a los requisitos que debe cumplir un relleno sanitario para estar acorde a las normas ambientales; en materia de protección al ambiente en casos de derramamiento de crudo en bahías y que han sido ocasionados en gran parte por Ecopetrol a través de contrataciones que ha hecho. En estos casos el Consejo de Estado ha aplicado el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, suscrito en 1969 y su protocolo del año 76; también ha aplicado el convenio que establece la responsabilidad de los propietarios de buques por los daños causados por contaminación por hidrocarburos. Este tema ha sido reiterado puesto que han sido varias las ocasiones en que se ha ocasionado el derramamiento de crudo por parte de contratistas de Ecopetrol.

Hay un fallo muy significativo en materia de protección del medioambiente, que fue estudiado por la Sala Plena del Consejo de Estado y que tiene que ver con el glifosato, con la aspersión aérea del glifosato. Ustedes saben que los cultivos de coca en Colombia han sido uno de los grandes traumas que hemos tenido y que han alimentado la subversión, los grupos subversivos precisamente con la coca han generado enormes recursos para sus acciones delictivas. Tuvimos un caso donde se planteó que la aspersión aérea con el glifosato causaba daños al medioambiente, por supuesto daño a los seres humanos, pero sobretodo mucho daño al medioambiente. El Consejo de Estado en una decisión muy dividida, luego de muchos estudios de expertos no protegió, no accedió en este caso a la protección de la acción popular, por considerar que de las pruebas no se infería con certeza que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produjera daños irreversibles en el medioambiente. Por el contrario, señaló en ese momento el Consejo de Estado, hay elementos de juicios que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en un lapso no muy largo y que, en cambio, numerosas hectáreas de bosques son destruidas por causa de la tala de estos, por los cultivadores ilícitos. En el mismo fallo se señaló que la suspensión de la medida podría llevar al debilitamiento del Estado, al tiempo que se fortalecería a los distintos grupos que se financian con el tráfico de drogas que sin duda es un flagelo para la sociedad colombiana y para toda la humanidad, en este fallo se hizo una ponderación entre la protección del medioambiente, el problema de la seguridad nacional y el problema de las implicaciones que el consumo

de la coca tiene a nivel mundial. En lo personal pienso que se desconoció el principio de precaución, porque aunque no haya una certeza científica del daño que en un momento puede causar el glifosato, tanto para la protección del medioambiente, como para los seres humanos, este principio de precaución nos enseña que la falta de certeza científica no excusa de la protección que se debe dar al medioambiente.

Alguien me preguntaba ayer por la demanda de Ecuador a Colombia en el caso del glifosato, esta fue retirada y en este momento tal vez para los que no estén muy familiarizados con el tema: hubo una demanda por la fumigación de glifosato en la frontera de Colombia con Ecuador, esto generó una reclamación ante la Corte Interamericana que fue retirada posteriormente por Ecuador.

En materia de protección del medioambiente, dentro de las acciones populares se han producido acciones por la contaminación del aire en razón del servicio público de transporte en Bogotá. Los estudios que se hicieron para ese fallo muestran que la contaminación que producen los buses en Bogotá es más alta que la de Sao Paulo, Río de Janeiro o Barcelona. También tuvimos una acción popular por la importación de semillas genéticamente modificadas. En este caso se concedió y se protegió al considerar que estas semillas o todos los organismos genéticamente modificados que se introducen al país necesitan una licencia ambiental previa y en este caso no lo tenía.

Me quiero detener en un fallo muy importante que se produjo en noviembre del año pasado en la Sala Plena del Consejo de Estado y que tiene que ver con una acción popular que sobre la Reserva Forestal que se denomina Cerros Orientales de Bogotá. En el año 1976 se expidió por el entonces Ministerio de Agricultura, no existía el Ministerio del Medioambiente, una resolución que consagraba como Reserva Forestal Protectora una área de 14.175 hectáreas en Bogotá, que abarca toda la ciudad, es una franja paralela de norte a sur, donde existe una gran riqueza de fauna, de flora, de biodiversidad y de recursos hídricos -de nacimiento de varios ríos-. Esta franja que se llamó Reserva Forestal Protectora, si bien fue declarada como tal, afectaba muchos predios particulares, pero la afectación no se hizo en los correspondientes registros inmobiliarios por lo tanto muchas personas no conocieron la situación de reserva y desde el año 1976 hasta el año 2013, que se produce la decisión del Consejo de Estado, por supuesto que hubo muchísimas construcciones, invasiones, aprovechamientos del espacio por particulares. Se plantea entonces una acción popular porque en el año 2005, o sea 29 años después de haberse consagrado la reserva forestal,

el Ministerio del Medio Ambiente al hacer un estudio y una evaluación de la zona considera que debe excluir 975 hectáreas que han sido afectadas por la acción del hombre y sus suelos ya no corresponden a la calidad de suelos de reserva. Entonces produce un acto administrativo mediante el cual excluye de la zona de reserva estas 975 hectáreas. Se interpone entonces una acción popular contra esta decisión del Ministerio del Medio Ambiente con el fin de que se reintegren esas hectáreas a la Reserva Forestal Protectora. Cuando el Consejo de Estado entra a estudiar el caso, se encuentra que definitivamente estas hectáreas, que fueron excluidas, ya están absolutamente incorporadas a la vida urbana con construcciones y distintas obras que hacen muy difícil, casi irreversible, la recuperación de los suelos y tiene que hacer entonces una ponderación entre la protección del medio ambiente y los derechos adquiridos de los particulares que tenían en regla y habían adquirido sus licencias de acuerdo con la ley. El Consejo de Estado mantiene esta exclusión, esta zona que había excluido el Ministerio del Medio Ambiente; ordena que en la zona no construida de esta franja se construya un Parque Ecológico que le sirva de recreación a la comunidad que habita a la ciudad de Bogotá, como una compensación a la zona que perdió de reserva forestal; y ordena que en el resto de la zona se prohíba totalmente cualquier construcción, cualquier actividad distinta de las que ordena la ley en materia de reservas forestales protectoras. A las pocas construcciones que se habían hecho, que son construcciones de estrato muy alto, se les impone el pago de una cuota de compensación por la utilización de la reserva. Se consideró bastante inoportuno en ese momento ordenar la demolición de las construcciones, que no eran muchas, porque tal vez hubiera sido ocasionado un trauma bastante complicado. Además también había muchas viviendas de Estrato 1, de campesinos que estaban habitando la zona de la reserva. Entonces, a esas personas que habitan la zona de la reserva se les condena -por decir algo- al pago de una cuota de compensación por la utilización de la reserva y se asignan unas obligaciones de mantenimiento de la reserva forestal.

Hace tres meses se produjo un fallo muy significativo de recuperación del río Bogotá, que atraviesa toda la ciudad y gran parte de la sabana y es uno de los ríos más contaminados del mundo. Se produjo una acción popular para su protección y el Consejo de Estado, en uno de los fallos más significativos dentro de este campo, también da una serie de órdenes a varias entidades y establece también unos planes educativos para la población aledaña al río para su protección y recuperación.

Quisiera aprovechar el tiempo que me queda, haciendo quizás un llamado, porque me parece fundamental que estemos reunidos aquí, además

de España por supuesto, los países representantes de América, que es una de las grandes reservas del mundo; la mayor biodiversidad la tenemos en América, los recursos hídricos, los tenemos en América, por lo tanto creo que no podemos ser pasivos, tenemos un papel fundamental en destino de la humanidad.

Como lo dije anteriormente el Derecho Ambiental trasciende las barreras del Derecho interno. Acá no estamos en una justicia local, estamos, en una justicia que toca a toda la humanidad. Tenemos muchas diferencias de fronteras, diferencias políticas, diferencias religiosas, diferencias culturales; nos une la protección del medio ambiente, nos une realmente el cuidado de nuestro planeta. Por eso me parecería muy importante que desde este Foro surgiera alguna propuesta en el sentido que existiera un Tribunal Supranacional para proteger nuestros recursos. Compartimos, por ejemplo, la amazonia con Brasil y Perú, entonces es emocionante cuando uno va a Leticia y llega a un punto de la frontera -creo que es Tabatinga-, y encuentra las banderas de estos tres países: Perú, Brasil y Colombia. Creo que esto es muy significativo de la unión que debemos tener los pueblos de Latinoamérica y América en general, para la protección de nuestros recursos.

El Presidente Santos en su discurso de posesión dijo una frase que a mí me tocó mucho, y quisiera reproducirla: *"El medio ambiente no es una herencia de nuestros padres, sino un préstamo de nuestros hijos"*. Como en aquella canción de Nino Bravo, cantante español fallecido que lo recordamos quienes vivimos la época de los 70's, tal vez los jóvenes ya no lo recuerden, hay una canción muy linda que se llama América, que dice: *"Todo un inmenso jardín eso es América, cuando Dios hizo el Edén, pensó en América"*. Gracias.

“Convención de Aarhus y Acceso a la Justicia Ambiental”

Ximena Fuentes. Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, ex Ministra Suplente Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago. Chile

En primer lugar me gustaría agradecer al Presidente del Tribunal Ambiental de Santiago y a todos sus miembros la invitación a participar en este seminario.

El tema que se me ha pedido analizar hoy día es de la Convención de Aarhus sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso de la justicia en asuntos ambientales y su impacto en la justicia ambiental.

Me voy a referir solo a la Convención de Aarhus, pero algunos de los problemas que examinaré se aplican también a otros convenios internacionales. En particular, es interesante mirar la interacción de este tipo de tratados con el derecho doméstico, ya que esta interacción es compleja y requiere pensar en un equilibrio adecuado entre el sistema doméstico y las obligaciones internacionales asumidas por el estado.

La Convención de Aarhus se negoció en el ámbito europeo en el año 1998. Hoy día está abierta a la adhesión de cualquier Estado miembro



Ximena Fuentes. Académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, ex Ministra Suplente Abogado del Tribunal Ambiental de Santiago. Chile

de las Naciones Unidas. Una de las características más interesante de la Convención de Aarhus es que ella se refiere a los aspectos procedimentales del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Hemos escuchado a nuestros colegas de diversos tribunales latinoamericanos, Colombia, Perú, Ecuador, hablando de cómo funciona la Justicia Ambiental al interior de sus países, partiendo de la base que existen derechos sustantivos relativos al medio ambiente que los tribunales domésticos tienen que aplicar. La Convención de Aarhus no establece derechos sustantivos, si no que solamente se concentra en los aspectos procedimentales. De esta manera la Convención reconoce que en gran parte la solución para el problema de la afectación del medio ambiente está en los aspectos procedimentales: en el acceso a la información, en la participación y en el acceso a los tribunales o a algún sistema de revisión de la conducta del Estado y de los particulares.

La Convención de Aarhus y otras similares se deben analizar en el contexto del concepto de desarrollo sustentable. El desarrollo sustentable intenta conciliar tres aspectos de la dimensión ambiental: protección del medio ambiente, desarrollo económico y el desarrollo social. No es solo la naturaleza la que merece protección, también importa la vida de las personas, su relación como comunidad y no solo con el medioambiente. Entonces estos derechos procedimentales que se contienen en la Convención de Aarhus no solo tienen por objeto escuchar a las personas, en lo ellas tengan que decir acerca de la protección del medio ambiente sino que también lo que tengan que decir en cuanto a su calidad de vida.

Para terminar esta introducción, debo señalar que la Convención de Aarhus se inserta dentro de un subconjunto dentro del Derecho Ambiental que vincula derechos humanos y protección del medio ambiente. No solo se habla ahora de ciertos derechos relativos a la protección del medio ambiente, sino que estos derechos de participación y de acceso a la información en sí mismos parecen tener un estatus especial como derechos humanos. Este tipo de derechos humanos tienen que ver con el funcionamiento de la democracia. De esta manera, se puede concluir que el desarrollo sustentable no sólo requiere protección del medio ambiente sino que también se requiere que al diseñar las políticas de protección ambiental se escuche a la comunidad y se la informe.

En este contexto amplio uno puede decir que la Convención de Aarhus es la convención que mejor implementa el Principio 10 de la Declaración de Río, que establece que:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Ese es el principio que está detrás de la Conversión de Aarhus y que Aarhus pretende implementar. Kofi Annan describió en su momento esta convención como el documento más ambicioso en el ámbito de la democracia ambiental.

Al examinar la Convención más en detalle quiero referirme en primer lugar a la naturaleza de los derechos que establece el tratado en beneficio de las personas, cuál es su contenido y sus beneficiarios. En segundo lugar creo que es interesante ver cómo esta convención enfrenta el problema de la efectividad, cómo es que esta convención logra que los países la cumplan, y en tercer lugar me voy a referir al impacto que ha tenido esta convención o al posible impacto que puede tener en tribunales internacionales y en tribunales domésticos.

1. La naturaleza de estos derechos

La convención establece tres tipos de derechos: primero, el derecho al acceso a la información, luego, el derecho a la participación del público interesado en la toma de decisiones y, en tercer lugar, el acceso a la Justicia.

- **Derecho de acceso a la información**

El artículo 4° de la Convención señala que cada Estado parte procurará que las autoridades del Estado pongan a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten. El titular de este derecho es el público en general, no se exige que esa persona sea especialmente afectada o que tenga un interés determinado. Esto ha hecho que la Convención haya servido para promover en Europa una participación muy amplia de las ONG's, porque es bastante flexible en esta materia. Sin embargo, el ar-

título que les acabo de leer solo obliga a las autoridades públicas, pero ¿qué pasa con la información privada? Respecto de eso hay protocolos que han tratado de abrir este tipo de norma a las actividades privadas.

En todo caso, en la medida que las actividades medio ambientales quedan sometidas a un régimen de regulación pública en general, y en la medida que se reconoce que hay una obligación de los estados de establecer sistemas de evaluación de impacto ambiental de las actividades que potencialmente pueden afectar el medio ambiente, entonces se puede decir que las actividades de privadas quedan igualmente sometidas a las reglas sobre acceso a la información por parte del público. Esto es así porque los sistemas de evaluación y los sistemas de permisos previos son administrados por agencias del estado, que quedan bajo las obligaciones de la Convención Aarhus.

Respecto de la información de materia ambiental, la Convención es particularmente amplia. Es así como se define información sobre el medio ambiente de la siguiente manera: “toda información sobre el estado de los elementos del medio ambiente, tales como el aire, la atmosfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje, sitios naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente -y eso es muy importante para el mundo actual en el que vivimos- y la interacción entre estos elementos. Factores como la sustancia, energía, ruido, radiaciones, actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medioambiente, las políticas, leyes, planes, programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente y también el análisis de costo-beneficio que pueda existir en manos del Estado, otros análisis, hipótesis económicas utilizadas en la toma de decisión en materia ambiental, el estado de la salud del hombre, su salud, seguridad, sus condiciones de vida, así como el estado de sitios culturales y de las construcciones en la medida que sean o puedan ser alteradas por esos elementos por las distintas actividades, a través de elementos, por factores, actividades o medidas a que hace referencia este artículo”.

- **Derecho a la participación.**

Este derecho se refiere a la participación del público en la toma de decisiones. Aquí el concepto del legitimado activo es un tanto más restringido; tiene que ser el público interesado y el público interesado es aquel que se podría ver afectado por esa decisión o que tiene algún otro tipo de interés porque, por ejemplo, la legislación ha establecido en su beneficio un derecho a participar.

El derecho a participación incluye obviamente el derecho a recibir información, porque no se puede participar si no se conoce el proyecto de que se trata. El procedimiento de participación debe contemplar algún tipo de instancia para recibir las observaciones, las opiniones de este público interesado. Una cuestión muy importante, es que esa opinión, esa observación debe ser tomada en cuenta. Al respecto hay bastante que decir en cuanto a qué significa tomar en cuenta, porque yo podría escuchar y después en mi resolución no verse plasmado en nada cómo tome en cuenta la participación del público. El artículo 7 de la Convención es particularmente interesante porque le interesa mucho al Estado, a las autoridades que legislan, a los que toman medidas, a los administradores, porque señala que esta participación del público interesado también se aplica en la elaboración de planes y programas relativos al medio ambiente en un marco transparente y equitativo. Se aplica también en la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias, de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general. Esto puede plantear un desafío para algunos estados porque no contemplan en su legislación este tipo de instancias, por ejemplo, no contemplan la participación del público en los procedimientos de formación de la ley ni en la elaboración de los reglamentos.

- **Derecho de acceso a la justicia.**

Esto significa tener una instancia para reclamar, primero de que no se me ha dado la información o que no ha habido participación o que una determinada actividad me va a afectar de una manera negativa. Nuevamente, el acceso a la justicia está restringido al público interesado, no se contempla aquí una apertura total a las acciones públicas.

Como se puede apreciar, se trata, como ya dije, de derechos procedimentales. La idea que está detrás es que este tipo de derechos ayudan a la regulación ambiental, es decir mientras haya acceso a la información y las personas puedan con eso hacer observaciones y denunciar situaciones de afectación al medio ambiente el Estado va a estar en una mejor posición para regular y proteger a esas personas y ese medioambiente. Este tipo de derechos obviamente ayuda a visibilizar los problemas ambientales. Así es que si se trata de un Estado que no quiere tener problemas ambientales, que no quiere tener personas protestando en la carretera, que no quiere enfrentar directamente el problema ambiental, probablemente va a ser un Estado al que no le van a gustar mucho este tipo de derechos. Por lo tanto, son derechos que los estados van a estar muy contentos de otorgar, si existe la voluntad política de encarar estos problemas, porque en la medida que se visibilizan habrá que tomar en acción.

Por último, para justificar la existencia de este tipo de derechos se señala muchas veces que las decisiones estatales, cuando son participativas, son decisiones que tienen una base de legitimidad más amplia y, por lo tanto, van a ser medidas más eficientes y probablemente más duraderas porque la comunidad participó en la decisión que se tomó.

2. Efectividad de la Convención

Todo lo que se dice en los acuerdos internacionales puede ser muy interesante, pero ¿cómo se hace efectivo? Aquí hay varios mecanismos de supervisión posibles, por ejemplo, se señalaba acá en el panel lo interesante que sería tener un tribunal internacional relativo a cuestiones ambientales, pero es difícil. Es difícil porque implica una renuncia a un aspecto importante del poder de los estados.

La Convención de Aarhus utiliza mecanismos para inducir al cumplimiento que son muy parecidos a los mecanismos que utilizan los tratados de derechos humanos para su implementación y para su monitoreo. En primer lugar se contempla la técnica muy usada en derechos humanos del informe periódico. Las partes se comprometen a informar el estado de la situación del cumplimiento de esta convención periódicamente. Esto hace que los estados se miren a ellos mismos. Pero también hace que sea difícil que el Estado permanezca impermeable a las críticas que puede recibir de su propia población al elaborar ese informe periódico.

En segundo lugar en esta convención se prevé un mecanismo muy típico de las convenciones ambientales, que son los *non-compliance mechanisms*. Estos mecanismos no son tribunales que se establecen para decidir sobre la violación del derecho, sino que se trata de mecanismos que no obedecen necesariamente a la lógica de castigar. El artículo 15 de la convención señala que la reunión de las partes adoptará por consenso mecanismos facultativos de carácter no judicial para examinar el respeto a las disposiciones de la convención. Estos mecanismos permitirán una participación asociada del público - obviamente tiene que haber participación también aquí porque si no sería muy paradójal que la propia convención no admita la participación del público- y podrá prever la posibilidad de examinar comunicaciones de miembros del público. Es decir, el mecanismo está abierto a la denuncia, para ponerle un nombre, por parte de las personas afectadas. El comité de *non-compliance* existe y él mismo puede hacer informes sobre el estado de cumplimiento de

la convención por parte de los estados miembros, recibir denuncias, actuar casi como un tribunal sin serlo, ya que sus decisiones tienen carácter de recomendaciones y no son sentencias judiciales. La labor de este tipo de mecanismo va a tener mucho impacto, porque al cumplir esta tarea el comité de non-compliance debe interpretar la convención y eso tiene un efecto en el sistema completo. Es muy probable que esa labor de interpretación tenga impacto incluso dentro de los países pues se podría invocar la interpretación del comité frente a órganos domésticos que deban interpretar la convención.

3. Impacto de la Convención

Aquí la pregunta interesante es: ¿Qué espera de las partes esta Convención? La respuesta es que ella pretende que las partes dicten normas para cumplir con las obligaciones de información, participación y acceso a la justicia. Por lo tanto, no es que esta Convención por ratificarla nos solucione todos los problemas tengamos automáticamente dentro de los estados parte procedimientos de consultas e información pública.

El artículo 3 es muy claro en establecer que cada parte adoptará las medidas legislativas reglamentarias o de otro tipo necesarias para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención relativas a la información, la participación y el acceso a la justicia.

Entonces este tipo de convención no tiene efecto directo en el Estado y eso a veces a nosotros se nos olvida. La obligación del estado es dictar las normas necesarias para implementar la convención en el sistema jurídico doméstico. El problema es que nosotros en Latinoamérica tenemos una idea de que en general las convenciones son autoejecutables.

¿Qué pasa si no existe el procedimiento específico previsto en la ley o en la normativa reglamentaria nacional? ¿Puede un juez doméstico simplemente exigir la consulta sin que exista el procedimiento normado? En Chile se ha exigido en materia indígena y eso puede crear algunos problemas. Por ejemplo, en algún momento vino a Chile el Relator para los Pueblos indígenas y señaló que en Chile -una vez ratificado el Convenio N°169- se había creado tácitamente, sin ley expresa, una etapa en la discusión de la ley que debía contemplar la participación de los pueblos indígenas. Este tipo de conclusión representa un problema para el derecho interno.

Este tipo de convención, como la de Aarhus, plantea problemas en la interacción entre la legislación doméstica y la convención. Si ya tenemos ciertos procedimientos, pero a lo mejor no se condicen con los criterios que establece la convención, ¿Cómo solucionaríamos esos problemas de interacción? ¿Qué jerarquía normativa se le otorga a este tipo de convenciones? En general también en Latinoamérica existe la idea de que todo tipo de tratados tiene jerarquía supra legal, ¿cómo vamos a hacer jugar entonces los procedimientos que ya existen, que ya pueden tener jerarquía legal o reglamentaria, con una convención a la cual le vamos a dar jerarquía supra legal? ¿Van a poder los jueces domésticos tomar las interpretaciones de este *non-compliance mechanism*, por ejemplo, para fundar sus fallos? ¿Qué valor tienen ese tipo de resoluciones no vinculantes de órganos de supervisión establecidos en los tratados? ¿Qué impacto que puede tener este tipo de convención en otro tipo de normas? Por ejemplo, se dice que esta Convención de Aarhus en la medida que ha sido muy citada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entonces ha encontrado un tribunal internacional para su implementación sin que ese haya sido explícitamente querido por los Estados parte. ¿A partir de estos desarrollos podrían los tribunales domésticos entonces ahora, señalar que eso es prueba de que muchos de estos derechos que están en la Convención de Aarhus han adquirido el estatus de derechos humanos? Ese sería un gran impacto de esta convención en la comunidad internacional.

Con esto termino. Muchas gracias.

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

Moderador Sr. Enrique Navarro

Agradecemos a las exposiciones de nuestros invitados e iniciamos en estos momentos la parte de análisis de este Panel.

Hay dos consultas para el magistrado Eloy Espinoza- Saldaña, una se refiere al tratamiento de la defensa del Amazonas y su efectividad, no es necesariamente una pregunta jurídica, y la segunda le solicita que explique desde un punto de vista constitucional la reciente reforma al Código Penal que permitió incluir delitos por tráfico de especies en Perú.

Sr. Eloy Espinosa- Saldaña

La segunda pregunta me encantaría contestarla, pero tengo un problema; ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, dicen que el juez contesta con sus sentencias, entonces esperemos un poquito, no quiero pasar por un adelanto de opinión. Es un tema sensible en el caso peruano, sin duda, por eso apenas ha salido la reforma, ha salido el recurso y ya está en el Tribunal.

Vamos al otro punto que se nos plantea. Creo que todavía en el ámbito del tratamiento del espacio amazónico, como un espacio donde hay retos para un medio ambiente adecuado y donde hay retos para la responsabilidad estatal, se tiene, en el mejor de los casos, buenas intenciones o intentos aislados y fragmentarios, pero no hay una política común en muchos de los Estados y menos aún un tratamiento común al general de los Estados.

Frente a la intervención de Ximena Fuentes no puedo dejar de lado algunas cosas que en rigor entendí no eran propiamente del acceso de la justicia, aunque están emparentadas, que se han planteado bien en lo suyo y dejar algunas anotaciones con cargo a preocupaciones que no puede tener. Ella planteaba varios ejes para la discusión, uno de ellos es el eje de la información; en el caso peruano tenemos pautas de carácter general de transparencia, de acceso a la información que involucran lo ambiental y tenemos también normas específicas vinculadas a lo ambiental, bastantes amplias en principio, no hay mucha restricción allí. El problema muchas veces no es si se tiene normativa para acceder a la información, sino repito, el carácter muchas veces informal, por no decir

ilegal de las actividades que se hacen y una cultura del secreto que ha caracterizado muchos espacios dentro de las administraciones públicas latinoamericanas en lo cual el caso peruano no es una excepción.

En el tema de participación de la decisión, en el caso nuestro, tenemos un tema muy delicado que tiene que ver específicamente con las cuestiones ambientales o con la afectación de cuestiones ambientales o con ese delicado equilibrio entre la promoción de la inversión y el tratamiento de los derechos a un medio ambiente adecuado, tiene que ver con todos los procedimientos de consulta previa que se han planteado como indispensables para la realización de algunas grandes inversiones. En el caso peruano, trayendo la referencia del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, se ha planteado la necesidad de regular estos temas, pero ahí hemos tenido varios problemas; en primer lugar en un país eminentemente mestizo, donde cada vez los grupos no contactados son menos existentes que a quién registramos como pueblos indígenas susceptibles de plantear la consulta, segundo, qué carácter le damos a la consulta, sea una ley de consulta previa y un reglamento en el caso peruano. Como todavía no ha llegado algún caso al Tribunal sí puedo adelantar un poco de comentario: ha sido básicamente una regulación procedimental y creo que se ha perdido de vista lo principal, que es justamente el diálogo que se busque, sobre todo un diálogo intercultural, cuando se plantean estos espacios. Lo que se está planteando es un procedimiento de consulta pero no tiene ningún carácter vinculante, de ahí la importancia de lo que decía Ximena Fuentes; si se crean estos mecanismos de participación no solamente es importante



un espacio que reciba las observaciones sino qué efecto, vinculación o relevancia se le va a dar a lo consultado. Si la respuesta es ninguna o la buena voluntad de quien resuelve, entonces probablemente la consulta hay que mirarla con mucho cuidado porque puede crear más expectativas que no se contemplan y generarnos mayores problemas.

En el tema del acceso a la justicia, creo que hay que distinguir niveles. Una cosa es, por ejemplo, la composición de conflictos en una lógica de interés público o de protección del interés público a nivel de la administración, donde creo que en el caso de Perú la legitimación es bastante amplia, intereses plurales de carácter colectivo, incluso difusos, pueden ser contemplados. Otra cosa es el escenario jurisdiccional, donde tenemos una debilidad que no es tanto de los medios procesales. Los medios procesales existen y creo que en algunos casos la regulación no es mala, podría ser mejor, pero una interpretación creativa de la misma podría ayudarlo. El problema es la especialización en estos medios, el estatus de protección y eso quienes somos jueces lo sabemos, para poder resolver cuando estamos hablando de temas medioambientales o sea hablando de temas de gran conflictividad social. La discusión en el caso peruano es ¿estos deben ser resueltos por jueces de la localidad, facilitando el acceso a la justicia, con jueces con una competencia que sea de carácter nacional itinerante para evitar presiones y cuestiones de ese tipo? ¿Cómo compatibilizar el acceso a la justicia con asegurar no solamente la imparcialidad, sino que la misma sensación de imparcialidad del juzgador?

En el tema de la justicia constitucional, lo delicado es ¿la justicia constitucional puede de oficio pronunciarse en algunos temas? Sin duda que sí. El control de constitucionalidad en *Marbury versus Madison* surge de oficio, nadie planteó el problema de la inconstitucionalidad de la norma que se declara finalmente inaplicable por inconstitucional en el caso concreto ¿Pero hasta dónde se puede llegar en esa medida? Y esa es una discusión importante que tenemos en este momento en el Tribunal, respecto de algunos temas que se plantean básicamente como conflictos competenciales entre gobiernos nacionales y estaciones de gobierno de carácter local o municipal a propósito, por ejemplo, de competencias para la administración de ciertos bienes o la autorización de ciertos servicios. ¿Qué podemos decir además, que tenga que ver con crear condiciones para que se fortalezca esta responsabilidad del Estado frente al ambiente y una mejor protección de un medio ambiente adecuado, aunque no haya sido propiamente la discusión planteada en el caso?

Por último el de la ejecutividad de las convenciones es un tema sin duda delicado. No sé si estamos en un escenario como el que se esbozaba en el comentario de María Claudia, me encantaría que así fuera, de poder generar un Tribunal. Creo que es más, en el plano inmediato, probablemente habría que explorar mejor la posibilidad de generar más bien espacios de cooperación para acciones concretas. Creo que entonces esto se va haciendo cada vez más perentorio, cada vez más necesario porque las afectaciones que se están dando a derechos medioambientales o al supuesto medioambiental, tienen cada vez un carácter más sostenido de escala y un carácter transfronterizo. Si comenzamos a hacer una expectativa de que los espacios administrativos o jurisdiccionales propios queremos resolverlos, muchos de los problemas que vamos a tener nos van a rebasar si no nos están rebasando ya.

Moderador Sr. Enrique Navarro

Dos preguntas a María Claudia Rojas; primero, considerando su afirmación de que América es una reserva mundial de biodiversidad y teniendo presente el concepto de desarrollo occidental y su culpabilidad en el mismo, ¿Qué papel le da usted a la cosmovisión indígena?, y segundo, considerando el proceso de América latina y el Caribe del cuál son parte Chile, Ecuador, Perú y Colombia, ¿Cree beneficioso un convenio vinculante en la región como el de Aarhus?

Sra. María Claudia Rojas

Vamos con la primera pregunta que sería, teniendo en cuenta lo que he dicho respecto a que América Latina es una reserva mundial, ¿Cuál sería el papel de la comunidad indígena? Yo entendería la pregunta en el sentido de que los pueblos de América Latina que tienen comunidades indígenas, que son prácticamente todos, deben darle una participación como lo prevén incluso muchas de las constituciones. Lo anotaba ahora precisamente el Magistrado Espinosa- Saldaña del Perú, tenemos en casi todas las constituciones y en Colombia también el procedimiento de la consulta previa, pienso que las comunidades indígenas tienen que ser tenidas en cuenta y tienen que ser respetadas al punto de tampoco impedir el desarrollo. En Colombia, en la Constitución Política del 1991 se estableció esta consulta previa y la verdad es que en muchísimos casos ha constituido un obstáculo para realizar muchas obras porque no se puede adelantar la obra o el proyecto respectivo hasta que no se haya consultado y en muchos casos se ha interpretado que se haya

dado un concepto favorable, si ha ido incluso más allá. Pienso que se debe consultar a las comunidades indígenas pero midiendo perfectamente que esta consulta no vaya más allá y no vaya a llegar al punto de incluso impedir el desarrollo. Hay que sopesar en un momento dado la participación indígena frente al desarrollo, pero pienso que definitivamente no podemos desconocer nuestras comunidades indígenas que son además un patrimonio de América.

En cuanto a la segunda pregunta, respecto de si puede resultar beneficioso suscribir Aarhus, pienso que definitivamente, según la explicación que nos acaba de dar Ximena Fuentes, tiene puntos muy interesantes; acceso a la información, a la participación, a la justicia, puntos que a todos los países nos servirían y aportarían elementos muy positivos suscribiéndolos y no dejándolo de hacer. O sea que me parece positivo que se suscriba este convenio.

Sra. Ximena Fuentes

Me dieron ganas de intervenir en relación con esta pregunta que no estaba dirigida a mí, pero pienso que en principio uno lo ve en el sentido positivo, porque obviamente es mucho mejor tener una convención sobre acceso a la información, etc. uno piensa que va a ser beneficioso. Sin embargo, creo que también hay que tener cuidado con algunos elementos, con algunos aspectos de este tipo de convenciones.

Primero por ejemplo, creo que si los países latinoamericanos decidieran adherirse, entrar a la Convención, va a haber un primer tema, en relación con este mecanismo de *non compliance* del que yo les hablaba, porque ese mecanismo, está formado por los Estados parte, lo que quiere decir que de alguna manera la política o la regulación en materia de acceso a la información, participación y acceso a la justicia de un país latinoamericano va a quedar bajo supervisión de un mecanismo en el que va a haber mayoritariamente presencia de países europeos. Entonces ese es un primer tema por ejemplo, que habría que tener presente porque el estándar europeo a lo mejor no se condice con el estándar latinoamericano o las necesidades latinoamericanas. Por ejemplo el tema indígena, nosotros sí tenemos experiencia, y probablemente Chile menos que otros países, en materia de consulta indígena, ¿Hasta qué punto existe esa experiencia en Europa?

En segundo lugar, hay algunas disposiciones de Aarhus que son complicadas de interpretar. La Convención en general hace mención, en

muchas partes, a que se cumple estableciendo ciertos mecanismos de participación, de consulta, de acceso de conformidad con la legislación nacional y esa fórmula la repite en muchas disposiciones: *de conformidad con su derecho interno*. Entonces algunos dicen bueno, entonces a lo mejor las obligaciones que hay aquí no muerden realmente porque siempre van a quedar sujetas a la legislación interna. Sin embargo, el propio mecanismo de *non compliance* ha interpretado esas disposiciones de una manera mucho menos complaciente con el derecho interno. Como diciendo: *sí, de conformidad con el derecho interno, siempre que el derecho interno se adecúe a la Convención*.

Ese tipo de problemas pueden surgir y a lo mejor en los países latinoamericanos, si quieren ingresar, tienen que tenerlo presente. La otra alternativa es una convención latinoamericana sobre acceso a la información, que sería 3.0 porque esta Convención es de 1998, se le han hecho modificaciones, pero también los países latinoamericanos podrían tener la iniciativa de negociar entre ellos una convención del 2014, de los tiempos actuales con la experiencia ganada en la región.

Moderador Sr. Enrique Navarro

El Presidente de la Corte de Ecuador se llevó varias preguntas; unas se refieren en general al tema de la prueba en materia ambiental, dado que por ejemplo se señala que constitucionalmente la responsabilidad es objetiva, entonces si la relación de causalidad entre el hecho y la consecuencia también estaría presumida, en el fondo ¿si de alguna manera se requiere también la exigencia de relación de causalidad?; otras, al reconocimiento constitucional de la personificación jurídica de la naturaleza, ¿qué efectos prácticos ha tenido ese reconocimiento?, y vinculado con ello, ¿si sería una acción pública la legitimación para impetrar acciones?

Sr. Carlos Ramírez

Respecto del primer tema de la prueba. La Constitución del Ecuador, como hemos dicho, establece de manera expresa que en materia ambiental se reconoce la responsabilidad objetiva y se entiende que el actor tiene que probar el daño. Es obvio que tiene que probarse el daño, pero para probar la responsabilidad va a ser más difícil. Además, que se entiende que asumir los riesgos derivados de una actividad peligrosa no puede corresponder a la víctima, tiene que responsabilizarse quien ha emprendido en esa acción.

No es una novedad la reversión de la carga de la prueba, como tampoco es una novedad el tema de la carga dinámica de la prueba. La dinámica de la prueba consiste en que el juez puede distribuir la carga de la prueba, en principio sabemos todos que quien afirma, prueba. Pero hay ocasiones en que no le es posible, o casi imposible la prueba al actor. En el caso de una demanda de mala práctica médica, por ejemplo, al actor, el paciente o los herederos del paciente, les será imposible probar que la clínica y/o, los médicos, no observaron los protocolos debidos. Entonces es obvio que ahí sí debe observarse la reversión de la carga de la prueba, y acá en el asunto medio ambiente me parece que va por ahí, va por ese camino. Obviamente, reitero, el que demanda tiene que probar el daño. Indudablemente es así.

En cuanto a los derechos de la naturaleza como sujeto de derecho, el ingenio humano es infinito, pero reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos no es propiamente producto del ingenio humano, sino que sobre todo se trata de la defensa de los derechos de las personas. La tutela efectiva del derecho de las personas a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, en armonía con la naturaleza como dice nuestra Constitución. En cuanto a la legitimación para el reclamo de los derechos de la naturaleza, la mismísima Constitución ha establecido una amplísima legitimación al determinar que toda persona, toda comunidad o pueblo puede comparecer ante la República para reclamar la observación de los derechos de la naturaleza. Es más, en la nueva legislación, el Código Orgánico General de Proceso, se ha establecido que el Defensor del Pueblo, que es una autoridad pública perteneciente a la función de Transparencia y Control Social, que es una nueva función en el Ecuador -tenemos cinco funciones- puede representar a la naturaleza en el reclamo de sus derechos, de tal manera que eso está previsto en la Constitución y está previsto en la legislación ordinaria.

Moderador Sr. Enrique Navarro

A Ximena Fuentes se le hicieron llegar también varias preguntas, las que podemos sistematizar en: ¿Cómo ve que un convenio regional sobre derechos de acceso, como el que se está negociando actualmente, podría fortalecer el acceso a la justicia y a las capacidades de nuestros jueces e instancias de revisión? ¿Qué relación se aprecia entre la convención y la ley de acceso a la información en el caso específico chileno? Y si la convención de Aarhus puede servir de guía para el juez al momento de resolver los conflictos.

Sra. Ximena Fuentes

La primera, creo que la respondí un poco anteriormente. Creo que un convenio regional sobre derechos de acceso sería más beneficioso que simplemente acceder a Aarhus, porque tomaría en cuenta de mejor manera las peculiaridades de la región. Ahora, el convenio de Aarhus es bien básico, es bien mínimo, establece mínimos. Probablemente un país pudiera decir *“la verdad es que no tiene mayor beneficio entrar en una convención así cuando mi propia legislación ha avanzado mucho más. Yo no establezco mínimos, establezco a lo mejor en ciertas áreas algo más, un acceso mejorado”*. De hecho Aarhus mismo señala que nada en esta Convención se entenderá como limitador de aquellas disposiciones del derecho nacional que establezcan mejores derechos de acceso, mejor participación.

Respecto de la relación entre la Convención y una ley de acceso a la información chilena, de nuevo ¿Qué pasa si esa ley es mucho mejor, si hace más expedito el acceso? Claramente no hay ninguna contradicción, porque este tipo de convenios descansa en que se dicte la legislación nacional, entonces esa sería una instancia de cumplimiento, que incluso puede ser mejorada en comparación con los criterios básicos que establece la Convención.

¿Y si puede servir como guía para jueces? Ese es un tema muy interesante porque tal vez lo más interesante del Convenio de Aarhus no es la normativa que tiene, que dice *“los Estados dictarán legislación doméstica para hacer accesible la información”*, sino que lo más interesante es que hay un órgano de supervisión. En la medida que hay un órgano de supervisión, el asunto viene a ser visto por personas que están fuera del país, que tienen experiencia y *expertise* en estas materias y a lo mejor sucede lo que pasa con muchos órganos de supervisión, por ejemplo con Derechos Humanos, tienen una visión más amplia, es decir que ese órgano de supervisión logra ampliar los derechos. Ahí sí es muy interesante, es problemático en todo caso, pero es interesante. ¿Qué pasa si los jueces domésticos comienzan a interpretar legislación doméstica nacional que parece de repente un tanto restrictiva y la amplían por invocación de estas decisiones internacionales, que no son jurídicamente vinculantes pero sirven de guía para la argumentación? Eso provoca un impacto tremendo, que puede ser visto como muy positivo, probablemente por aquellos a quienes beneficia, y como muy negativo, tal vez desde el punto de vista de la soberanía del Estado.

Moderador Sr. Enrique Navarro

Hay un par de preguntas adicionales para el señor Carlos Ramírez, en relación al *rol que les cupo a los pueblos originarios en la redacción de la nueva Constitución y el rol del Defensor del Pueblo, si sólo se refiere a la defensa de temas ambientales o no.*

Sr. Carlos Ramírez

El rol de los pueblos originarios en la Constitución de la República del Ecuador es amplísimo. El primer artículo establece que el Ecuador es un Estado soberano, independiente, intercultural y plurinacional. Es más, reconoce jurisdicción a las comunidades indígenas en materia de justicia, claro se refiere a problemas de la comunidad, en la comunidad, entre personas de la comunidad; y establece también que habrá una ley que armonice la justicia ordinaria y la justicia indígena. Esa ley todavía no se ha dado, pero también corresponde a la Corte Constitucional el dictar reglas, que armonicen estas justicias.

Recientemente la Corte Constitucional se pronunció en un caso, estableciendo que los temas de homicidios, aunque se den en una comunidad, corresponden a la justicia ordinaria. Obviamente hay comunidades indígenas en el Ecuador que no aceptan esa decisión y también hay comunidades indígenas que por su propia decisión han resuelto que esos temas de asesinato, violaciones, van a la justicia ordinaria. Los otros temas que se producen en la comunidad, los juzgan las autoridades de la comunidad. De tal manera que en la Constitución del Ecuador, en la estructura de la Constitución del Ecuador se contempla a las comunidades indígenas y, como digo, se han hecho algunos reconocimientos para ellos.

Moderador Sr. Enrique Navarro

Hay una inquietud que está planteada en forma general a los miembros de este panel que tiene relación con la creación de una Red Sudamericana para la erradicación del tráfico de especies silvestres, conservación y protección de la biodiversidad en América del Sur, la que es integrada por los ministerios públicos de Brasil, Perú, Colombia, Ecuador y Chile, y pregunta si ha tenido relevancia esa institución y si sería conveniente crear una red similar de magistrados.

Sr. Eloy Espinosa- Saldaña

En el caso peruano el trabajo ha sido básicamente a nivel del Ministerio Público, que ha tomado una participación muy activa en esta dinámi-

ca propositiva de posibles acciones. Nosotros hemos pedido conversar con el Ministerio Público para ver los alcances de lo que han hecho y ver si esto es posible de ser replicado en otros espacios. El problema que siempre va a haber es que mientras el Ministerio Público por su naturaleza sólo puede tener iniciativa en acciones, la judicatura constitucional básicamente tiene una labor preventiva bastante recortada. Entonces, de plantearse una red así, ¿Cuál es el margen de acciones previas o preventivas que se pueden hacer y cuál es un nivel de coordinación para cuestiones reparadoras? Estamos en ese proceso de acumular la información, hay interés de fijar posición al respecto, pero todavía no hemos avanzado más allá de eso.

Moderador Sr. Enrique Navarro

Así damos por terminado el Tercer Panel del I Foro Interamericano de Justicia Ambiental. Quiero agradecer a cada uno de los miembros de este panel.

CUARTO PANEL



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

CUARTO PANEL

Proyecciones para la Jurisdicción Ambiental

Expositores:

- **George y Catherine Pring**, University of Denver Sturm College, USA. "Access to Justice and Environmental Courts and Tribunals: The Global Picture and Future Predictions".
- **Vladimir Passos de Freitas**, profesor de Derecho Socioambiental del Programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Paraná y ex magistrado del Tribunal Regional Federal de Rio Grande do Sul, Brasil. "La Justicia Ambiental: Alcances y Límites de la Garantía Constitucional"
- **María Luz Regalado**, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. "Nuevos Tribunales Ambientales en El Salvador".

Moderador:

- **José Agustín Ramírez**, abogado, ex Jefe de la Unidad Ambiental del Consejo de Defensa del Estado de Chile.

“Access to Justice and Environmental Courts and Tribunals: The Global Picture and Future Predictions”

George and Catherine Pring. University of Denver Sturm College. USA.

George Pring:

We are very pleased to be with you. Our thanks to the 2nd Environmental Court of Santiago for hosting this very exciting conference. We congratulate Chile on the passage of Law 20,600 in 2012, and we congratulate the Environmental Courts in Santiago and Valdivia on their successful beginning.

Chile has done so much to improve access to environmental justice since 2010 when we were here last! Now we are gathered to celebrate Chile's accomplishments and look to the next steps forward.

In Kitty's and my presentation today, we would like to present 2 pictures. First, I will look through a “telescope” with you at the current state of ECTs and Access to Justice globally. Then, Kitty will look into her “crystal ball” and predict what we see in the future for ECTs.

We have been studying ECTs for 7 years with the University of Denver Environmental Courts and Tribunals Study. That research is reported in our 2009 book, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, and in our many articles – all available free on our university website, www.law.du.edu/ect-study.



Catherine Pring. University of Denver Sturm College. USA.

The experts' conclusions – and ours – are clear: Effective ECTs can greatly improve access to justice.

As you know from the excellent speakers before us, access to justice is now a foundation principle of the Rule of Law. The need for access to environmental justice was first recognized by the world's nations in the Rio Declaration in 1992. Principle 10 of Rio stresses the need for 3 environmental “access rights” for the public – access to information, access to public participation in decision-making, and access to justice.

Since Rio, we have seen Principle 10 spread and gain wide acceptance on the international scene. In 1998, those 3 access rights were guaranteed in the Aarhus Convention, now binding law in 46 European countries and the EU. International financial institutions – like the World Bank, the Inter-American Development Bank, and others – now require compliance with Principle 10 rights. And in 2012, Chile was a leader in the adoption of the Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration, now signed by 18 Latin American and Caribbean nations, including many represented here today. In the Declaration, you recognize that access to information, public participation, and justice are essential for sustainable development, human rights, and democracy.

As you know, one of the most exciting developments in access to justice is the specialized ECT. We call them “courts” if they are part of the judicial branch, ECs like Chile's, or “tribunals” if they are part of the administrative or executive branch, ETs like Judge Kathy Stein's in the USEPA or Judge de Marco's in Canada. They can be full courts, like Chile's, or a “green bench” or “green judge” of a general court or tribunal.

We have identified over 500 ECTs authorized around the world in almost 50 nations – on every inhabited continent, in every major legal system, at all government levels, and in countries from the richest to the very poorest. And Chile's are not the newest – the country of El Salvador and our state of Hawaii just authorized ECs this year. This judicial reform is spreading at an amazing pace – a majority of these ECTs were created in just the last 10 years, and more are on the way.

Chile's new environmental courts are unique, in our experience.

In other countries, the creation of ECTs is designed to give the environment more protection than the government or general courts are providing. Chile's ECs arose from a different focus. The Business Magazine of Chile

and the Environment Ministry report that this EC law was designed to give business more protection against the government environmental agencies – and their strong powers since 2010 to impose fines, block projects, and shut down companies for alleged environmental violations. Some think the new ECs “will mostly be a route of appeal for companies rather than the affected communities”, although under the law other aggrieved parties have the right of access to the court.

Time will tell how Chile’s ECs provide balanced access to justice.

To aid in the development and evaluation of an ECT, we have identified at least 9 factors that measure how well an ECT provides access to justice. In evaluating a planned or existing ECT, one should ask the following questions:

1. Accessibility: Are members of the public – citizens, businesses, and organizations – able to get to the decision-makers, either in person or electronically? Does the ECT travel to the people to save them time, jobs, and money? If not, what can be done to improve public access, knowledge, and confidence?
2. Jurisdiction: Does the ECT have competence over all of the provisions of the Constitution, laws, and regulations affecting the environment? Does it integrate both pollution laws and land use development laws? If its jurisdiction is not integrated and exclusive, how could that be improved?
3. Standing: Can any interested person, community, business, or organization get access to justice in the ECT – that is, file a complaint or participate in a pending case? Or are there barriers to legitimate cases? Studies by the Australia Law Reform Commission show that opening up standing does not cause unmanageable problems of court congestion, abuse of the courts, or other problems, as some think.
4. Costs: Are the expenses of litigating in the ECT too high and keeping people from using it? If so, what can be done to lower those costs, for parties, witnesses, and others?
5. Speed: Is environmental justice being delivered in a “speedy,” efficient, timely way? What could be done to make the process faster and fairer? Does the ECT have rules of procedure and evidence that are efficient, and do the judges enforce deadlines? Is there an effective case management system in place to monitor case progress? Can information technology help?

6. Experts: Are the ECT's decision-makers experienced in environmental law and do they engage in continuing training? Do they have access to unbiased scientific and technical expertise, either as co-judges or advisors to the court? Can they apply complex legal concepts, like the precautionary principle, polluter-pays principle, standstill rule, future generations concept, and so forth?

7. Consistency: Are the ECT's decisions consistent within itself, with other ECTs in the country, with the general courts? Are the decisions, hearing process, and treatment of parties transparent, independent, and free of bias and politics? Is the ECT trusted by the parties and the public?

8. Problem-solving approach: Do the decision-makers approach cases with a desire to find a good, creative solution to the problem? Do the decision-makers have adequate enforcement tools and remedies to really solve the problem presented? Do they have the authority to develop creative solutions and remedies that are legal, but not necessarily spelled out in the law?

9. Alternative Dispute Resolution: Does the ECT provide ADR opportunities, such as mediation, with its own trained staff? Are cases assessed at the outset for ADR? Do the judges understand its value?

If the answers to any of these questions is No or only partially Yes, then there are opportunities to improve access to justice by designing and implementing changes.

Now, allow me to turn this over to Kitty – to envision what the future holds for ECTs

Catherine Pring

“May you live in interesting times” – we know this as a Chinese curse, one that reflects times of uncertainty, change, and danger, rather than peace and *status quo*. We definitely live in very “interesting times” with ECTs – and it appears they are only going to become more interesting in the decades to come!

Our University of Denver ECT Study continues to analyze ECTs in our rapidly changing times. We see a number of trends in how ECTs are developing – trends that affect access to justice – and we can make a number of predictions:

Prediction 1 – More ECTs:

We predict many more specialized ECTs will be created, and those already in existence will undergo change and improvement.

The primary driver of ECT development is growing public awareness of environmental degradation, climate change, unregulated development, poverty, pollution, and food and energy security, thanks to the spread of information technology, social media, and the internet. This results in the passage of generally strong environmental and land development laws, raising public expectations. However, when government enforcement lags behind the laws, the public looks to the justice system to protect their rights. If the general court system fails to deliver access to environmental justice, then pressures emerge for more expert, efficient, and independent justice systems, often leading to the creation of specialized ECTs.

Acknowledging escalating climate change and its potential devastating global impacts is perhaps the biggest challenge we all face. And we can predict more ECTs will emerge as the forums for balancing the risks and benefits of climate-affecting development.

Prediction 2: Human Rights

Another prediction we can make is that there will be a growing convergence of human rights with environmental rights. Governments, business, and individuals are increasingly being held accountable in national and international forums for ensuring that all persons – including women, children, the poor, minorities, indigenous peoples, and the disenfranchised – have enforceable human rights. As many as 147 of the 193 United Nations member countries have explicitly recognized environmental human rights and/or responsibilities in their constitutions, laws, or judicial decisions, as Chile has in its Constitution. More rights beyond health and safety, rights of “future generations yet unborn,” rights of Nature independent of humankind, and other new rights are being recognized. We predict that ECTs will be leading the way in developing and expanding these environmental rights.

Prediction 3: New Legal Principles

New international legal principles are emerging. The leading example is “sustainable development,” which the international community is making into a requirement in international and regional treaty law, in international bank funding, in UN work, in national law, and as a response to climate change. Can land use and resource development be allowed

only if it meets a standard of “sustainability”? That is, development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. In short, how do we balance economic, social, cultural, and environmental objectives, now and in the future? ECs in Australia and elsewhere are already deciding EIA cases based on this principle.

Another of the new international standards that will make challenging work for ECTs is the “precautionary principle” announced in Rio Declaration Principle 15. It states that if there is uncertainty about whether a proposed development or government action will cause harm to the public or the environment, the burden of proving that it is not harmful falls on those supporting the action, not the opposition. So the vexing problem of scientific uncertainty will fall on the shoulders of those who want to change the *status quo* – and on the ECTs applying this principle.

Prediction 4: Alternative Dispute Resolution

We foresee that ECTs will increasingly use ADR as a substitute for contested trials and judicial decisions. Mediation led by a neutral professional working for the court appears most successful and can substantially reduce court and parties’ time and costs. ECTs are finding ADR can result in greater efficiency, reduced judicial caseload, lower costs for all, and higher satisfaction with outcomes for parties and the public.

Prediction 5: More Jurisdiction

We see a trend to add more laws and claims to the jurisdiction or competence of ECTs, once established. Many start out, like Chile’s, with less than a full list of environmental laws or claims that the ECT can adjudicate. This leaves other environmental, land use, and resource development problems beyond the ability of the ECT to resolve. It also leaves cases clearly affecting the environment and public health in the hands of other courts, creating confusion or “forum shopping” by parties, or, worse, problems with no access to justice at all. The trend in established ECTs is “integration” – an effort to bring all environment-affecting laws and issues “under one roof.” Of course, this predictably leads to an increased caseload for the ECT.

Prediction 6: Evaluation

It is easy to predict that there will be an increasing demand for evaluating the effectiveness of an ECT. This will involve regular, objective studies analyzing how successful the ECT is in providing access to justice “from start to finish” – to maintain public credibility, respect, and funding.

Prediction 7: Collaboration

We see a growing collaboration among ECTs around the world – a sharing of knowledge, ideas, experiences, systems and techniques, decisions, and other expertise. We hope that this gathering will lead to a collaborative association among the South and North American ECTs represented here – an Inter-American Network for Environmental Justice.

Prediction 8: Success

We envision great success for the ECTs of this region and the success of your “Lima Vision for a Regional Instrument on Access Rights Relating to the Environment,” just approved last November by Chile and other countries here. Your Lima Vision foresees the development of an international agreement that will be guided by these seven excellent principles for access to environmental justice:

- Equality
- Inclusion
- Transparency
- Proactivity
- Collaboration
- Progressive Realization
- Non-regression.

Indeed we do live in interesting times – challenging times for ECTs and for the future of the human race. Environmental courts and tribunals hopefully will become “Protectors of the Future,” not simply the protectors of the status quo, since they are created to replace that.

Thank you.

“La Justicia Ambiental: Alcances y Límites de la Garantía Constitucional”

Vladimir Pasos de Freitas. Profesor de Derecho Ambiental del Programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Paraná y ex Magistrado Presidente del Tribunal Regional Federal de la 4ª. Región. Brasil

Agradezco al Tribunal Ambiental de Santiago esta gran oportunidad. Este es un Foro histórico, porque reúne a jueces y especialistas desde Alaska a la Patagonia.

Los problemas ambientales de la actualidad no tienen nada que ver con los problemas ambientales de los tiempos cuando empecé a estudiar el tema, es decir cuando era Fiscal de Justicia en los años 1970. En esa época los problemas eran tala de árboles, muertes de animales, cosas más bien mínimas.

Actualmente vivimos problemas complejos como por ejemplo la protección del ecosistema, el calentamiento global, la calidad del agua. Brasil era un país que tenía tanta agua, esto nunca había sido problema para nosotros, pero ahora estamos en una situación de sequía en los

Vladimir Pasos de Freitas.

Profesor de Derecho Ambiental del Programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Paraná y ex Magistrado Presidente del Tribunal Regional Federal de la 4ª. Región. Brasil



Estados de Sao Paulo y Minas Gerais, problema serio, problemas de ciudades contaminadas. Este es el mundo en que nosotros tratamos de encontrar las mejores soluciones.

Ahora el tema central es cómo poder conciliar el tema económico y ambiental, cómo conciliar por ejemplo, la explotación del petróleo en la cuenca de Santos, en el mar. El petróleo representa millones de dólares, ningún gobierno piensa suspender o eliminar el petróleo. ¿Y cuáles son los riesgos de esta explotación? El petróleo en el alto mar, en la cuenca de Santos, está a siete mil metros de profundidad, la tecnología es brasileña y nosotros no tenemos tanta experiencia y el lugar está a 300 kilómetros de la costa, ¿cómo conciliar todo esto?.

En Brasil por ejemplo, para esa exploración *off shore* hay un Estudio de Impacto Ambiental bastante sencillo y que ha sido objeto de un decreto de un organismo ambiental. Es decir mucho menos de lo que se exige para otros proyectos.

Entonces, reitero, ese es el punto, el tema económico y el tema ambiental, y también el tema social y el tema ambiental. En Brasil tenemos mucha pobreza, que muchas veces interfiere también en el sector ambiental, por ejemplo, la invasión de áreas de preservación permanente, ¿cómo conciliar todo esto? Esto es lo más complejo.

Evidentemente castigar a una empresa que contamina, y que esto se puede determinar por los afluentes del río, esto sí es más sencillo.

Tenemos diversos problemas; conflictos de vivienda con medio ambiente, por ejemplo, ¿cómo conciliar una vivienda de personas pobres que viven en un sector de protección permanente y el derecho de protección de aquellas áreas?. Este es un precedente judicial en que se optó por el principio de la dignidad humana y se mantuvo a la gente en este sector de preservación permanente (TRF4, embargos infractores N°. 2005.04.01.032019-0, SC, Segundo período de sesiones, Relator Jorge Maurique, j. 09.12.2010). Pero, ¿y si son 300 familias?, nosotros sí tenemos casos de este tipo ¿qué hacer?, ahí está el rol del juez y este rol es mucho más complejo, mucho más importante.

Claro que, a pesar de las dificultades existentes, debemos tratar de conciliar todo esto; el aspecto económico, el aspecto ambiental y el aspecto social. Esto ya consta en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente hace más de una década.

Me permito sugerir algunos pasos:

1. La protección legal

Todos los países ya tienen esta protección, los países latinoamericanos en sus constituciones o a través de leyes, algunos países más, otros menos. Algunos son más audaces en la forma de plantear este tema, como Ecuador, considerando que la naturaleza es sujeto de derechos.

Lo que nos interesa es la obediencia a aquella legislación, en Latinoamérica los organismos ambientales encuentran constantemente dificultades para actuar. Hay falta de estructura administrativa, a veces hay cierta interferencia política y en ciertos países como Brasil el territorio es demasiado extenso y también hay casos de corrupción. A pesar de estas dificultades hay cierto avance. Estos organismos tienen cada día mayor importancia en manos de los gobernantes y merecen esta estima, ya que necesitamos de buenos organismos ambientales.

Veamos el pacto de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que motiva a que las empresas enfrenten preventivamente los desafíos ambientales, a que promuevan la responsabilidad ambiental, que aumenten las tecnologías, pero ¿qué hará una empresa si el organismo de fiscalización es débil? Evidentemente no van a cumplir ese pacto, porque tendrán mayores costos y perderán mercados, siempre comparado con empresas que actúan incorrectamente. Tenemos que incentivar a que los organismos sean eficientes para que las empresas estén en situación de igualdad y aquellas que son correctas no tengan una competencia desleal, es decir que no estén incentivadas a que sean incorrectas.

2. Acceso a la justicia ambiental

Esto ya se ha mencionado ampliamente en esta reunión. Solo puedo decir que además de aquellas lecciones de la doctrina tradicional de Cappelletti hace tanto tiempo sobre el acceso a la justicia, tenemos que pensar en los detalles del acceso, ir más allá, ¿se cobran tasas para tener acceso a la justicia?, ¿cómo se hacen los peritajes?, ¿hay que pagar los peritajes? Porque nada conseguimos con entrar a la justicia y después no seguir la marcha correcta.

En Brasil, como en otros países, tenemos varios organismos para el acceso a la justicia y este acceso es bastante fácil.

3. Cuidar las pruebas

Esto es muy complejo, porque hay pruebas que dependen del conocimiento científico y como dijo hace algunos momentos, Catherine Pring, muchas veces las dudas científicas son totalmente polémicas y el juez ¿entiende sobre el tema? Evidentemente que el juez no entiende.

Entonces ¿qué debemos hacer? Debemos usar cada vez más las pruebas tecnológicas, testimonios, por ejemplo, los testigos ya no son pruebas, nadie quiere ser testigo además, por razones distintas que no vale la pena mencionar. Es necesario utilizar entonces la filmación, los videos, las grabaciones, las fotografías.

Hay muchos casos muy interesantes, tenemos un caso de una persona que litigaba por una pequeña fábrica que era vecina de su casa y esta persona simplemente con un celular grabó el sonido que emitía esta empresa durante la madrugada y fue a un programa de televisión y comprobó con su celular el ruido de esta fábrica que estaba al lado de su casa. Una prueba excelente con algo tan sencillo, simplemente mostró esta prueba y el juez lo aceptó.

El uso de las imágenes satelitales debe ser cada vez más frecuente porque es algo simple de utilizar.

La prueba pericial, esta es una gran dificultad, yo no conozco la realidad de los demás países, pero el juez tiene que ubicar a un perito especialista imparcial, vinculado con nadie y eso es muy complejo. También tenemos el tema del pago del perito ¿cuánto cuesta una prueba pericial? No es sólo un perito, es un equipo con distintos profesionales, por ejemplo, hay pruebas periciales de 200.000 dólares por ejemplo o 400.000 dólares, son costos altos. Son muchas las dificultades para la evaluación

El Superior Tribunal de Justicia, interpretando la ley, ha considerado que si la persona causa algún daño, esta persona es responsable y debe pagarle el sueldo al perito. Esta es una construcción que va contra un principio, en el sentido que nadie está obligado a ofrecer pruebas contra sí mismo, pero sí se justifica; es la única manera, a partir de este pronunciamiento, las cosas en Brasil son más fáciles de comprobar.

La inspección judicial es muy importante también. El juez no puede estar simplemente en su oficina como el juez de la década de los 70's. Augusto Mario Morello, argentino, decía que la máxima realización de

ese juez era simplemente firmar sus fallos en su oficina y nada más. Ya no hay posibilidad de que exista un juez de ese tipo en todo el mundo, en el mundo tan complejo como en el que vivimos. El juez debe ser más activista en este caso y visitar in situ donde está el daño.

4. Protección Criminal

Sé que muchos países no lo adoptan, pero Brasil sí lo hace. Hay una ley especial de número 9.605 de 1998 inclusive y que ha sido muy exitosa. Hay una pena criminal y esto asusta al empresario por la imagen que se genera para la empresa, una multinacional muy grande teme que aparezcan los medios y que caigan sus acciones en la bolsa.

En Brasil existe ya hace mucho tiempo la criminalización de la persona jurídica la responsabilidad penal de la persona jurídica, mientras que la Unión Europea ha recomendado a sus países a que también lo utilicen. Hay una tendencia a la adhesión a esto.

En Brasil tenemos un acuerdo histórico sobre la responsabilidad penal jurídica, fue el primero en América Latina, en el año 2003, pero ahora todos los Tribunales, el Supremo Tribunal y todos los Tribunales de nuestros estados adoptan esta práctica. (Apelación criminal 2001.72.04.002225-0/sc, Tribunal Regional Federal de la 4a. Región, relator Pinheiro de Castro, j. 06.08.2003). El Tribunal Federal decidió el primer recurso de apelación del Brasil, condenando a una empresa de ingeniería que extraía arena de un río, sin autorización del órgano competente, devastando la vegetación existente. La empresa no cesó sus actividades incluso siendo notificada. Al final fue condenada a pagar alrededor de U\$ 3.000 a título de prestación pecuniaria (una especie de multa), dicho importe fue destinado a reparar el daño ocurrido. El director de la empresa también fue condenado. Importancia: fue la primera condenación de persona jurídica en el Brasil

5. Que se cumplan los fallos

Esto es algo muy complejo, muchas veces el cumplir es mucho más importante que simplemente proferir una sentencia; se examina la prueba, si el peritaje es favorable podemos promulgar o proferir una sentencia, pero la ejecución de la sentencia es lo complejo.

Hay muchos casos en Brasil de este tipo, sólo citaré uno: en una pequeña ciudad que tenía un circo, São Sebastião, el Fiscal entabló una demanda para prohibirlo, pues había un elefante en el circo. El juez estableció una medida cautelar y dijo *“prohibo esto, el elefante debe ser retirado del circo”*. El dueño dijo, mire señor juez aquí tiene usted al elefante, dele usted el destino apropiado al elefante, ¿qué hacer con el elefante? Este es un caso muy especial, pero nos permite demostrar que es necesario que el juez se preocupe de la ejecución, que salga de su oficina, que sea tan humilde al punto de poder llamar a las personas para conversar. A los jueces no les gusta hacer eso, el juez está acostumbrado a mandar.

También está el caso de Criciúma, una ciudad del Estado de Santa Catarina, cuando en 1993 la Fiscalía Federal propuso acción civil pública en la Justicia Federal contra empresas carboníferas, sus directores y socios mayoritarios, el Estado de Santa Catarina y la Federación, visando la recuperación de los daños ambientales causados por la exploración de carbón mineral en la región Sur de Santa Catarina.

El caso se juzgó en primera instancia, en segunda instancia y en el Tribunal Supremo de Justicia. Todo estaba muy bien, pero llegó la fase de la ejecución, ahora sí se complicó, ¿cómo hacer entonces para que más de 700 minas pudieran cumplir esta sentencia? Se hizo un seminario jurídico incluso, se invitó a una profesora que tenía un magister en minería y medio ambiente, otros oradores, empresarios, todos los condenados; y el juez en otras palabras dijo: Miren señores, *“tenemos que buscar una solución para ejecutar esta sentencia”* y a partir de ese momento se creó un sitio web y otras medidas también para que la ejecución fuera posible y así es; son más de 700 minas, tienen que tener todas un plan de recuperación del sector degradado, esto se debe presentar al Ministerio Público, el juez lo homologa y después se hace un seguimiento de la ejecución de este fallo. Eran 6.191 hectáreas degradadas, tres cuencas hidrográficas, 768 minas abandonadas, 50 años de extracción de mineral.

Este es un caso exitoso, pero hay muchos casos de fracaso en que la ejecución no se lleva a cabo y lo peor para la Justicia es que un fallo judicial no se cumpla. Esto no puede ser, cuando no se cumple un fallo nosotros tampoco tenemos orden de arresto, entonces si no se cumple este fallo a veces surge simplemente una multa, una indemnización, pero la empresa puede quebrar y se complica este tema.

6. Poder Judicial

Debe ser imparcial y eficiente, abierto a la conciliación y un gran camino para la sustentabilidad.

¿Cómo será este juez ambiental? Es muy difícil, porque este juez está involucrado y a la vez tiene que estar alejado, tiene que ser imparcial ¿Cómo conciliar todo esto? Hay una reflexión al respecto de la magistrada argentina Aida Kemelmajer de Carlucci, de Mendoza: el Juez puede transformar las estructuras y el juez resuelve conflictos, ese es el juez del pasado, quien transforma la estructura es aquel que a través de su protagonismo lidera el caso y entrega la mejor solución y además entrega la directriz que se debe cumplir.

- Tribunales ambientales, sus ventajas potenciales

Son muchas las ventajas, ni siquiera sé si las debo mencionar, porque donde hay un Tribunal Ambiental, hay una persona especialista. Hay un grupo de personas, no sólo el juez, sino que también los funcionarios son especialistas. Mi hija trabaja en un Juzgado Ambiental, en Curitiba, Paraná, ella es PhD en Ley Medioambiental, por lo tanto ella es una persona capacitada y como ella hay muchas personas así porque les gusta su trabajo, están incentivadas por trabajar en este sector tan importante y así son muy útiles para la gente en general.

Un Tribunal Ambiental nos ofrece un rumbo, un consejo, una dirección para los empresarios, para los abogados, también para el público en general, qué se puede, qué no se puede.

En cada país estos Tribunales son distintos, tienen su responsabilidad en el sentido de escoger lo más apropiado, todos son diferentes. En Brasil todos están en el Poder Judicial, son 16 juzgados ambientales, dos de apelación que tienen salas especializadas, pero es distinto en Costa Rica, es distinto en ahora en Chile y será muy distinto ahora en China o en India. Cada uno se debe a adaptar a su realidad y ejercer su papel lo mejor posible.

Analicemos por ejemplo, el caso del derrame de petróleo en el del Golfo de México en Estados Unidos, donde todas las causas se concentraron en un solo juez federal, en el de Nueva Orleans, si no fuera así, si un país no concentra las causas en un solo tribunal o si no hay tribunal ambiental, todas estarían en distintos juzgados y cada uno podría resolverse de manera diferente.

7. Enfrentar nuevos desafíos

- Urbanismo y medio ambiente

Es un tema complejo también. La gente vive en la ciudad, el 80% de la población vive en zonas urbanas, tenemos que solucionar entonces los problemas de la ciudad y los problemas del medio ambiente en la ciudad. Hay muchos conflictos, por ejemplo, el derecho al medio ambiente versus el derecho a la vivienda, conflictos de interés. En Brasil hay muchas demoliciones decretadas.

- Consumo

Cada uno de nosotros somos consumidores, somos participantes, pero creemos que el problema del consumo es de las empresas, es de los demás, no, todos participamos en eso. Tal vez para mí esto es lo más difícil, porque nosotros estamos insertos en este problema e implica un cambio de cultura, de hábitos, tendríamos que realinear en este sentido. El profesor Gabriel Real Ferrer de España, de la Universidad de Alicante ha establecido esto claramente y él dice:

“Un acto de consumo es adquirir un coche, pero también lo es accionar un interruptor, abrir un grifo o desechar una determinada longitud de papel higiénico. La suma de estos actos constituye la demanda y hay que tener bien presente que, según la ortodoxia económica, la oferta no hace más que responder fielmente a sus dictados. Es en este sentido que he destacado muchas veces la hipocresía que supone el achacar en exclusiva la responsabilidad de los daños ambientales a fábricas e industrias, cuando el sector productivo no hace más que satisfacer las demandas de todos nosotros en nuestra dimensión de consumidores”.

- Soberanía y el Medio Ambiente: Amazonas

Hay una preocupación internacional con relación a la región amazónica. Hay justicia penal, en el Estado de Amapá tenemos justicia itinerante a través de los barcos, una excelente experiencia, tenemos salas de audiencias.

- Desastres Ambientales

Los Tribunales deben estar preparados para estos desastres porque están ahí, a la puerta de nuestra casa. Un hijo mío vive en Santa Catarina y hace cinco meses que no vive en su casa, pues tuvo que dejarla por una inundación. Los Tribunales tienen que tener planes de prevención para estas emergencias, para ayudar a las víctimas de los desastres ambientales. No es tan difícil.

- Delitos Ambientales Internacionales

En mi opinión tienen que ir al Tribunal Penal Internacional, sería una gran medida, estos delitos internacionales que afectan a la humanidad tienen que simplificar estos procesos usando la Convención de Palermo creada para los delitos de “cuello blanco”.

Concluyendo, los latinoamericanos tenemos mucho que hacer para mantener el equilibrio ambiental, evidentemente los norteamericanos y europeos también. Pero nosotros tenemos circunstancias muy peculiares. Hay que mantener el equilibrio ambiental ya que esto repercute en los demás países. La tarea es extensa y compleja, pero no imposible, para alcanzarla debemos trabajar unidos como aquí se ha propuesto; intercambiando experiencias, sistematizando nuestra legislación para que tenga un mínimo de semejanza, actuando en conjunto en los casos de contaminación fronteriza, ya no tiene sentido esta soberanía absoluta, flexibilizando la soberanía en búsqueda del ideal común y asumiendo una posición proactiva.

Muchas gracias por la atención.

“Nuevos Tribunales Ambientales en El Salvador”

María Luz Regalado. Magistrada de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador

Existe una conciencia mundial de la importancia y trascendencia de la existencia del daño ambiental y que es fundamental atender sus causas. Por ello, se requiere de una participación activa del Órgano Judicial fundamentalmente vía los Tribunales Ambientales, no sólo para dirimir controversias que se susciten en materia ambiental y consecuentemente para generar la jurisprudencia necesaria para actualizar el propio marco jurídico del desarrollo sustentable, sino también para promover en el ámbito de su competencia las reformas necesarias a la legislación (vía investigación jurídica aplicada), y facilitar el acceso a la seguridad jurídica como un componente de la sustentabilidad.

Un sistema judicial imparcial y eficiente es indispensable para el desarrollo económico, social y ambiental de un país, ya que éste es quien se encarga de hacer efectivas las reglas que permiten a los agentes sociales, económicos y ambientales, interactuar relacionados sin disociaciones para desempeñarse en un entorno de certidumbre y de garantía a los derechos de los gobernados, que se traduce en la seguridad jurídica. Por tanto, partimos de la base que sin seguridad jurídica no existe el desarrollo económico, social y ambiental que todo país requiere.

La participación del Órgano Judicial es decisiva para la ejecución, desarrollo y aplicación coercitiva del Derecho Ambiental. Dada la magnitud de la problemática ambiental que enfrenta el país, que se traduce en las interferencias producidas por las externalidades que siguen produciendo deforestación, erosión de los suelos, contaminación atmosférica, del agua y del suelo, así como en la severa escasez de algunos recursos naturales, se requiere una amplia participación del Órgano Judicial en su calidad de custodio del cumplimiento de la ley y promotor del desarrollo sustentable.

La función del Órgano Judicial en materia ambiental es doblemente importante: Por un lado, consiste en interpretar y aplicar la legislación; y por el otro, identificar las inconsistencias entre las normas secundarias y la Constitución, todo lo cual redundará en un mejoramiento del marco jurídico vigente y, de una mejor gestión ambiental, que se traduce en la materialización efectiva del desarrollo sustentable, que traerá como lógica consecuencia la certeza y seguridad jurídica como base para el desarrollo económico, social y ambiental del país.

Por ello, es necesario identificar la situación ambiental del país, el estado de sus recursos, los actores que intervienen, las causas de la degradación de los recursos, para hacer efectiva su protección, su conservación y su reparación.

1. Diagnóstico Ambiental de El Salvador

- **Degradación de ecosistemas de gran valor**

El tamaño territorial y la alta densidad poblacional del país han provocado el constante avance de la frontera agrícola con su consecuente impacto sobre la cobertura boscosa. La deforestación ha generado la extinción de muchas especies animales y vegetales, causando alteración del régimen de lluvias, agotando las fuentes de agua, fragmentando los hábitats y degradando los suelos, lo cual sumado a la sobreexplotación de los recursos, la introducción de especies exóticas y altamente competitivas, la contaminación de cuerpos de agua, la subvaloración y el mal aprovechamiento de los recursos naturales.



María Luz Regalado.
Magistrada de la Corte Suprema
de Justicia. El Salvador

Los ecosistemas son la “infraestructura natural” del país y su recuperación y buen manejo es esencial para reducir los riesgos, sostener las actividades productivas y asegurar el bienestar de la población. Para 2007, se estimó una cobertura boscosa (excluyendo café) de 274,321 hectáreas, lo que representó una reducción de 48,280 hectáreas con relación a 1998. La superficie de café también se redujo en 48,706 hectáreas entre 2000 y 2009, cuando alcanzó 174,481 hectáreas por el cambio hacia otros usos: agrícolas, lotificaciones y parcelaciones industriales. Para el 2013 de las 152,187 hectáreas sembradas con cafetales, 112,293 estaban afectadas por roya, previéndose que para la cosecha 2013/14, los efectos en cuanto a la producción de café, serían aún más graves.

Un ecosistema forestal sumamente importante en El Salvador es el bosque salado o manglar que alcanzó 100,000 hectáreas en los años cincuenta. Esa cifra es ahora de 40,000 hectáreas, con lo que se han perdido múltiples servicios ecológicos.

- **Insalubridad ambiental generalizada**

El Salvador tiene una baja calidad ambiental como resultado de: el inadecuado manejo de desechos sólidos y tóxicos; el abuso de los agroquímicos en la agricultura; el inadecuado o nulo tratamiento de aguas residuales provenientes de la industria, agroindustria y hogares que contamina ríos, lagos y lagunas; las condiciones de operación de los rastros municipales; y la contaminación del aire generada por el transporte vehicular y prácticas agrícolas como la quema.

El daño que se causa a los suelos es de la misma magnitud que el que se causa al agua y al aire, aunque en realidad algunas veces es menos evidente para nosotros; sin embargo, es importante conocer los lugares donde es más probable que se contamine el suelo. Algunos de estos sitios son los parques industriales, los basureros municipales, las zonas urbanas muy pobladas y los depósitos de químicos, combustibles y aceites, etc., sin dejar de mencionar las zonas agrícolas donde se utilizan los fertilizantes o pesticidas de manera excesiva.

Con la prohibición de los botaderos a cielo abierto, el volumen de desechos depositados a cielo abierto disminuyó a la mitad—de 1,611 toneladas de desechos diarios en 2007 a unas 800 toneladas en 2011—una cantidad todavía alta.

- **Crítico estado del recurso hídrico**

Se tienen 360 ríos agrupados en diez cuencas hidrográficas. De todas, la del río Lempa es la más importante, con una cobertura de 18,240 Km² de extensión compartida tri nacionalmente con la República de Guatemala y Honduras; de ellos 10,255 km² pertenecen a El Salvador.

El recurso natural agua, específicamente el agua dulce, es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

El grado de contaminación de la mayor parte de las aguas superficiales (ríos y lagos) no las hace aptas para el consumo humano por lo que requieren de alguna forma de tratamiento para potabilizarlas, desde tratamientos sencillos de desinfección hasta tratamientos caros y sofisticados para la remoción de contaminantes naturales o producidos por el hombre.

Además de las aguas superficiales, las aguas subterráneas también han sufrido un fuerte deterioro. Los acuíferos de San Salvador, capital del Estado, y de la planicie costera central han sido sobreexplotados; el de Zapotitán, zona agrícola importante, tiene además problemas de contaminación. Algunos acuíferos de la zona costera occidental se encuentran salinizados, producto del mal manejo, lo que ha provocado su abandono, en tanto que la sobreexplotación ha obligado a perforar pozos a mayor profundidad.

Aunque la precipitación anual supone una importante oferta hídrica, la disponibilidad real de agua es baja y escasea a nivel local debido a: la pérdida de la capacidad de regulación e infiltración del agua, el grave deterioro de la calidad del agua y la creciente variabilidad climática, que ha derivado en grandes cambios en la distribución espacial y temporal de las lluvias.

- **Desordenada ocupación del territorio**

El marcado desorden en las formas de ocupación del territorio para fines económicos, habitacionales y sociales, ha llevado a un uso irracional del suelo y otros recursos naturales, profundizando la degradación ambiental y la vulnerabilidad frente a las amenazas naturales. Entre los problemas específicos generados pueden citarse: la degradación de zonas estratégicas en las cuencas y de ecosistemas claves como man-

glares y humedales; el deterioro y mal uso de los recursos hídricos; la agudización de las vulnerabilidades ambientales y los riesgos de desastre debido al incremento de asentamientos humanos ubicados en zonas de alto riesgo; la reducción y mal uso del suelo agrícola; la urbanización e impermeabilización creciente en las partes altas de las cuencas y sus consecuencias socio-ambientales aguas abajo por la escorrentía, deslizamientos e inundaciones; etc.

- **Escasa cultura de responsabilidad y cumplimiento ambiental**

En El Salvador hay un creciente reconocimiento de la problemática ambiental. Sin embargo, todavía no hemos desarrollado una cultura de responsabilidad y cumplimiento ambiental que se traduzca en comportamientos individuales y colectivos que respondan a la gravedad de la problemática ambiental que la mayoría reconocemos.

Tendemos a minimizar el impacto de nuestras acciones individuales y cotidianas—en empresas, hogares, oficinas, en el campo y en la ciudad—sin reconocer la gravedad de los impactos ambientales acumulativos.

- **Amenaza climática creciente**

El problema global del cambio climático muestra evidencias de un incremento de la temperatura del aire en nuestro país, debido a las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) derivadas de algunas de las actividades humanas.

De acuerdo a un informe reciente del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en Inglés): *“Un clima cambiante lleva a cambios en la frecuencia, intensidad, distribución espacial, duración y ocurrencia de los eventos climáticos extremos (...) Además, en el Siglo XXI “en muchas partes del globo probablemente aumente el peso de altas precipitaciones como porcentaje de la precipitación total”.*

En El Salvador esas afirmaciones ya son una evidente realidad. La distribución de las lluvias en el tiempo y en el espacio, así como su intensidad y duración ha cambiado sustancialmente. Llueve mucho o llueve muy poco, llueve fuera de estación, se pueden tener lluvias intensas en ciertos puntos del país mientras en otras no llueve, y cada vez son más frecuentes los eventos climáticos extremos que afectan al país desde el Océano Pacífico.

2. El acceso a la justicia y la aplicación de los principios del derecho ambiental

En los sistemas de protección de Derechos Humanos la posibilidad de acceder a la justicia constituye no sólo un derecho en sí mismo sino también la garantía que hace posible el funcionamiento de todo el sistema.

Este doble contenido, importa que el Derecho al Acceso a la Justicia no agota su ámbito de protección en el hecho de la existencia de un recurso judicial, (derecho al acceso en sí mismo), garantiza también que este recurso sea eficaz, (es decir que funcione como garantía de los otros derechos) como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez:

“Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo, así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.”

Además, en el precedente se sostuvo: “Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido.”¹⁴²

La experiencia demuestra que cuando se producen violaciones de Derechos Humanos causadas por problemas ambientales, el acceso a la justicia se ve restringido en sus dos formas, como posibilidad de recurrir ante un Tribunal y como garantía de recibir una protección real ante un derecho vulnerado.

Con respecto al primer caso la regla es que no se judicializan las violaciones de Derechos Humanos causadas por degradación ambiental. Algunas de las razones que explican esto son: la no existencia de recursos judiciales adecuados, la falta de información, la no percepción de las víctimas como víctimas de abusos de derechos humanos, la falta de conciencia sobre las consecuencias de la degradación ambiental, etc.

142

Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de Julio de 1988, serie C, nro. 4, párrafos 63,64 y 66.

La segunda forma en la que el derecho a acceder a la justicia es afectado, se presenta en los casos en los que se ha producido una violación de derechos humanos causada por problemas ambientales, la instancia judicial existió, pero las herramientas jurídicas que son utilizadas no resultaron eficaces para garantizar el derecho afectado.

Esto sucede porque los problemas ambientales tienen especificidades que hacen necesaria la aplicación de los principios del Derecho Ambiental cuyos principios y lógica responden a estas especificidades. La mayor parte de los daños ambientales son permanentes y difícilmente subsanables. Por esta razón los pilares del derecho ambiental que operan en este sentido son el principio de prevención y el principio precautorio.

El sistema Interamericano otorga protección a las víctimas de Derechos Humanos a través de las medidas cautelares y las medidas provisionales. La adopción de los principios de prevención y precautorio en el marco de esta herramienta procesal, es una condición esencial para la plena efectividad del derecho de acceso a la justicia.

3. El proceso de creación de la Jurisdicción Ambiental

Tomando en cuenta la realidad ambiental del país y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Salvadoreño se comienza una serie de estudios y discusiones para adecuar la Ley del Medio Ambiente—promulgada en 1998—tanto a la realidad ambiental del país como a la del Derecho Común.

A continuación se hace una pequeña reseña de cómo se ha venido trabajando en la Jurisdicción Ambiental y su adecuación.

4. Primeras acciones referentes a la Jurisdicción Ambiental

La Ley del Medio Ambiente—promulgada en el año 1998—estableció la creación de una Jurisdicción Ambiental para conocer y resolver las acciones a través de las cuales se dedujera responsabilidad civil derivada de actos que atenten contra el medio ambiente; y que esta correspondería a los Tribunales Agroambientales de Primera Instancia y Cámaras Agroambientales de Segunda Instancia (Art. 99 Ley del Medio Ambiente no reformado).

Dicha acción civil se deduciría en un procedimiento sumario contemplado en el Código de Procedimientos Civiles, otorgándosele la facultad al

juez de recabar las pruebas que se consideraran pertinentes para establecer los hechos controvertidos en el proceso (Art. 102 Ley del Medio Ambiente no reformado).

Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia comienza con las gestiones necesarias para erigir dicha jurisdicción.

El 31 de octubre de 2006 se firmó el Convenio Marco Interinstitucional entre la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de la Judicatura y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, a través del Proyecto de Fortalecimiento de la Gestión Ambiental en El Salvador “FORGAES” / UE-GOES, considerando, entre otros puntos, la necesidad de capacitar al personal que conformaría los Juzgados Agroambientales en lo que respecta a educación, divulgación de la ley y doctrina ambiental que condujeran a mejorar la aplicación de las leyes ambientales nacionales e internacionales y contar así, con un sistema consolidado de responsabilidad jurídica ambiental.

Además de la firma de estos convenios, se realizaron dos consultorías con el fin de obtener insumos para la implementación de la nueva jurisdicción, según el detalle siguiente:

- En primer término, la consultoría denominada “Diagnóstico de la Estructura Jurídica Vinculada a la Creación de los Tribunales Agroambientales”. Esta consistió en la entrega de un estudio diagnóstico sobre legislación ambiental.
- En segundo término, la consultoría denominada “Propuesta de Creación de los Tribunales Agroambientales”. El objetivo principal de esta segunda consultoría fue la elaboración del proyecto de creación de los “Tribunales Agroambientales”.

En el mes de noviembre de 2006, se realiza una convocatoria pública para aspirantes a Jueces de Primera Instancia Agroambientales, por parte del Consejo Nacional de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, invitando a participar a los profesionales del derecho interesados y sensibilizados en temas ambientales, estableciéndose requisitos básicos para la participación.

Del 7 al 9 de diciembre de 2006, se realizó capacitación a aspirantes a jueces ambientales de primera instancia, denominado “Primer Curso Básico de Derecho Ambiental para Jueces y Magistrados”.

En julio de 2007, FORGAES hace la entrega oficial del mobiliario y equipo informático para los Tribunales y Cámaras Ambientales, el cual se encuentra resguardado en instalaciones de la Corte Suprema de Justicia.

5. Reformas a la Ley del Medio Ambiente

Habiendo realizado un análisis sobre la legislación ambiental vigente, la Corte Suprema de Justicia—a través de la Unidad de Medio Ambiente y en coordinación con el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales—trabajó ciertas reformas que se consideraban necesarias para la operativización de la Jurisdicción Ambiental.

En septiembre de 2011, la Comisión de Magistrados del Proyecto de Modernización del Órgano Judicial y personal de la Unidad de Medio Ambiente de la Corte Suprema de Justicia sostuvieron reuniones con el entonces Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales y un equipo técnico del Ministerio, logrando retomar el tema de las reformas a la Ley del Medio Ambiente y, por consiguiente, formando una mesa técnica, integrada por Colaboradores de la Sala de lo Constitucional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Unidad de Medio Ambiente y Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Finalmente, el 12 de abril del 2012, es aprobado por parte de la Asamblea Legislativa, el Decreto No. 1045 que contiene las reformas a la Ley del Medio Ambiente. Dicho decreto fue publicado en el Diario Oficial número 88 Tomo 395 de fecha 16 de mayo de 2012.

Estas reformas son importantes ya que innovan el procedimiento para el ejercicio de la acción civil de reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, estableciéndose claramente el tipo de proceso que se realizará, el cual es Declarativo Común, respetándose los derechos constitucionales de audiencia y defensa. Este podrá iniciarse de forma escrita o verbal, en este último caso el Juez deberá levantar acta observándose en todo momento las formalidades pertinentes (Art. 102 Ley del Medio Ambiente reformado); y una vez iniciado el proceso deberá ser dirigido e impulsado de oficio.

Una de las grandes innovaciones es la oficiosidad del Juez al momento de recabar pruebas, en aplicación de uno de los objetivos de la responsabilidad ambiental, el cual consiste en la restauración del medio ambiente dañado; y del principio de Derecho Ambiental *“quien contamina paga”* (Art. 102-A Ley del Medio Ambiente reformado).

Asimismo, se establece que la carga de la prueba recaerá sobre el demandado, o supuesto contaminador, es decir hay una inversión de la carga de la prueba, ya que será el demandado el que deberá probar que se han tomado todas las medidas preventivas o precautorias para evitar el daño ambiental o minimizar las consecuencias de este (Art. 102 – B Ley del Medio Ambiente reformado).

Se instaure además la opción de decretarse, por parte del Juez, las medidas cautelares que pueden ser de oficio o a petición de parte, las que deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos de cada caso concreto. Estas no podrán caucionarse o afianzarse, debido a lo que persigue la responsabilidad ambiental que es, la restauración del medio ambiente dañado o la disminución de sus secuelas. Las mismas deberán ser revisadas de forma periódica y será el Juez quien valorará—tomando en cuenta la protección al medio ambiente, la salud humana y la calidad de vida—su imposición, revocación o mantenimiento, así como su proporcionalidad.

Tales medidas se dictarán tomando como base lo establecido en el artículo 102-C de la Ley del Medio Ambiente:

- a) Que se esté ante la amenaza o inminencia de un daño.
- b) Que se esté ante la presencia de un daño.
- c) Que se esté frente a la necesidad de prevenir un daño.

Para la adopción de las medidas cautelares, solicitadas a petición de parte, el juez ordenará la corroboración de los hechos, pudiendo auxiliarse de cualquier entidad pública, estando éstas obligadas sin cobro de ningún tipo o naturaleza. Comprobados los extremos presentados en la solicitud, el juez decretará las mismas. Se tendrá un plazo máximo de 5 días hábiles para certificar el expediente a la Fiscalía General de la República a efecto de que se promueva la acción correspondiente.

Un punto a destacar de estas reformas es el artículo 103 de la Ley del Medio Ambiente, al establecer que, además de resolver sobre la responsabilidad civil reclamada deberá pronunciarse sobre la restauración, restitución, reparación o compensación de los daños ambientales, estableciéndose un plazo prudencial para realizarlo; pronunciándose asimismo, sobre las medidas cautelares que se hubieran decretado.

En caso de incumplimiento de lo anterior, el Juez ordenará el embargo de los bienes del condenado.

6. Creación de los Juzgados Ambientales

En sesión de Corte Plena del 18 de marzo de 2014, se aprobó el Decreto de Creación de Tribunales Ambientales, acuerdo que es remitido a la Asamblea Legislativa. Finalmente, y luego de reuniones sostenidas con Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, el Pleno de la misma, el jueves 22 de mayo de 2014, aprobó la creación de la Jurisdicción Ambiental.

Con este decreto se erige la Jurisdicción Ambiental, la cual estará a cargo de 3 Juzgados Ambientales, con sede en las ciudades de Santa Ana, San Salvador y San Miguel y una Cámara Ambiental de Segunda Instancia, con sede en la ciudad de San Salvador, la cual conocerá en vía recursiva y además, de las demandas que se incoen contra el Estado y sus funcionarios. Estableciéndose también, que corresponderá a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocer del recurso de casación así como en grado de apelación de los asuntos a que se refiere la Ley del Medio Ambiente.

En un primer momento, únicamente funcionará un Juzgado Ambiental, el cual tendrá su sede en San Salvador, para conocer de las acciones que deduzcan responsabilidad civil de actos que atenten contra el medio ambiente a nivel nacional; y en un plazo de un año contado a partir de la entrada en vigencia del expresado decreto, iniciarían funciones los dos juzgados restantes. En vía recursiva y de las demandas que se incoen contra el Estado y sus funcionarios conocerá—en un inicio—la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, con sede en la ciudad de San Salvador.

En el mes de septiembre de 2014, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, solicita al Consejo Nacional de la Judicatura, proceda a verificar convocatoria y selección para los aspirantes al Juzgado Ambiental con sede en San Salvador, el cual iniciará funciones en el mes de diciembre del mismo año.

7. Equipo Multidisciplinario en Materia Ambiental

Con el objetivo de dar cumplimiento a lo establecido en los arts. 4 y 7 de la Ley de Medio Ambiente, los cuales establecen el interés social que reviste la protección y mejoramiento del medio ambiente, mandando a las instituciones públicas a incluir el componente ambiental en todas

sus acciones, planes y programas; la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, crea la Unidad de Medio Ambiente¹⁴³, con el objetivo de contribuir a la aplicación correcta de la normativa relacionada con el tema, a fin de concientizar, investigar y divulgar lo fundamental de la materia de acuerdo con las necesidades del país¹⁴⁴.

El Acuerdo N° 903 de Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, asigna como *función principal* de la Unidad de Medio Ambiente de la Corte, brindar asesoría y asistencia técnica en materia de medio ambiente a los Tribunales y dependencias del Estado.

• Justificación Técnica

El establecimiento de la relación de causalidad constituye uno de los temas más conflictivos en el área de la juridicidad, en el caso particular del daño ambiental, esta problemática se acentúa aún más. Y es que precisar la fuente del daño, identificar cuáles son los agentes que lo producen y la aportación de cada uno de ellos en los procesos de contaminación o deterioro ambiental, muchas veces requiere de la colaboración de especialistas de otras ramas.

Esta situación obliga a que una vez establecidos los Tribunales Ambientales, sea necesaria también la creación de un Equipo Multidisciplinario en Materia Ambiental, el cual esté integrado por profesionales con conocimientos especializados en diferentes áreas relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales y que, a su vez, dominen el uso de métodos e instrumentos científicos de medición y análisis de la calidad ambiental, los cuales les permitan probar el nexo entre el hecho y el resultado dañoso.

Tomando como fundamento lo anterior, se dispuso la creación de un Equipo Multidisciplinario en Materia Ambiental (EMMA), el cual estará temporalmente adscrito a la Unidad de Medio Ambiente; y, estará formado por Peritos Ambientales especializados en las áreas de: Biología, Química y Agronomía, que brindarán apoyo técnico-científico a los Tribunales Ambientales en las investigaciones de peritaje, con la identificación, cuantificación, diagnósticos, valoración y predicción de los daños ambientales a nivel nacional. Tales peritos deberán ser especialistas en contaminación atmosférica, agua, sedimentos y suelos; tráfico de recursos naturales y biodiversidad de flora y fauna; bosques y formaciones boscosas; así como, la valorización de los daños ambientales.

143 Acuerdo de Presidencia de la Corte Suprema de Justicia N° 3-Bis, de fecha 20 de enero de 2005

144 Acuerdo N° 903 de Corte Plena, con fecha 6 de octubre de 2005

Además serán los encargados de resguardar parte de los sucesos que constituyen la cadena de custodia de elementos materiales, evidencia y bienes incautados.

8. Jurisprudencia Nacional en materia ambiental.

Pocos han sido los casos en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, antes de la entrada en vigencia de la Ley que rige la materia, a pesar de que los Juzgados con competencia en materia civil, lo eran para conocer de este tipo de reclamos.

Sí se cuenta con abundante jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional y de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, así como de los Tribunales con competencia en materia penal.

En materia constitucional, la Sala se ha pronunciado en temas como vulneración a los derechos fundamentales de audiencia, defensa, a la salud y al medio ambiente sano; petición y acceso a la información pública; entre otros. En cuanto a la Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado declarando la legalidad o ilegalidad de actos emanados por autoridades administrativas cuando se les demanda por considerar haberse otorgado permisos en contravención a lo regulado en la Ley del Medio Ambiente. Con respecto a los delitos relativos a la naturaleza y el medio ambiente, los temas concurrentes son la contaminación ambiental, depredación de flora y fauna y, quema de rastrojos y en la mayoría de los casos, no solo hay pronunciamiento sobre la responsabilidad penal, sino también sobre la responsabilidad civil, cuando ha sido determinada con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito.

BLOQUE DE DISCUSIÓN Y PREGUNTAS

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Tenemos preguntas para todos los panelistas, vamos a partir por los señores Catherine e George y Pring, ¿Ven alguna diferencia en análisis de los Tribunales Ambientales en distintos países respecto de los países desarrollados y en vías de desarrollo, en relación a la eficacia de su sentencias, su composición y normativa aplicable?.

Sr. George Pring

Algunos países en vías de desarrollo tienen extremadamente buenos Tribunales Ambientales y de alto nivel de confianza. Obviamente los presupuestos de los Tribunales Ambientales en lugares como Canadá, Australia o Nueva Zelanda son mucho mayores, pero nos gustó mucho toparnos con la idea de que los Tribunales Ambientales en países con menores recursos tenían jueces extremadamente buenos, que al parecer hacen una muy buena labor.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Nos han planteado muchas interrogantes respecto de un análisis comparativo entre los distintos Tribunales Ambientales, ¿creen que es necesario que los Tribunales Ambientales tengan poder directo para dictar actos administrativos de reemplazo en el momento de dictar sus sentencias? Es decir, que no solo puedan anular decisiones administrativas, sino que además puedan reemplazar las decisiones de la administración.



Moderador Sr. José Agustín Ramírez y Javier Serrano.

Sra. Catherine Pring

Me parece que en términos comparativos los tribunales que hemos visto, que son más efectivos, son aquellos que tienen la mayor variedad de leyes disponibles y la capacidad de llevarlas a cabo. Me parece que los cambios que hemos visto en la jurisprudencia son, quizás, en los países desarrollados un poco más académicos y en los países en vías de desarrollo, son más bien a nivel personal, que afectan la vida, no se tiene un argumento judicial, por ejemplo, de cómo se determina el daño de un recurso natural en alguno de los Tribunales locales que están preocupados de proteger la vida humana o compensar el daño individual. Japón, desde nuestro punto de vista, está mucho menos desarrollado en términos de jurisprudencia, en términos de acceso a la información. La investigación que hemos realizado ahí demuestra que, de hecho, el acceso a la información y el acceso a la participación pública, a pesar de que tienen una ley de libertad de información, son extremadamente limitados.

Sr. George Pring

La otra parte de la pregunta respecto a sí vemos a los tribunales y cortes medioambientales, no solo anulando decisiones, sino que cambiándolas y dando su propia decisión, vemos que algunos sólo tienen la potestad para aprobar o desaprobar las decisiones del gobierno, mientras que otros pueden ser extremadamente creativos.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Al profesor Passos de Freitas se le pregunta si en Brasil existen ONG con el suficiente poder económico para poder litigar en igualdad de condiciones con las grandes empresas. Respecto del delito ambiental, ¿cómo está funcionando en la práctica? Hemos visto el caso de España que existen una gran cantidad de personas cumpliendo cárcel por este delito, ¿existen actualmente en Brasil personas cumpliendo penas de privación de libertad?

Sr. Vladimir Passos de Freitas

Las ONG en Brasil no son fuertes y explicaré por qué. En Brasil en 1981, se creó una ley que le pasó de la Fiscalía al Ministerio Público el poder

de mandar acciones públicas colectivas (el Ministerio Público en Brasil tiene todos los derechos y garantías de los jueces –por ejemplo inamovilidad-) y asumió ese rol con mucha fuerza, hizo un excelente trabajo y así entonces las ONG se fueron debilitando, ahora son pocas y son débiles. Hay algunas que aunque el Ministerio Público se omite, las ONG participan, yo diría que el 10% de las demandas o como máximo el 15% son demandas entabladas por las ONG. Ahora bien, ellas sí tienen cierta dificultad para luchar contra las grandes empresas, porque no tienen la posibilidad de establecer las pruebas tan ricas, las grandes empresas tienen los mejores abogados y claro que sí, hay una gran diferencia.

Con relación a los delitos, la legislación de Brasil no es una legislación penal ambiental en el sentido de encarcelar a la gente. En Estados Unidos son mucho más severos, eso sí es evidente, hemos visto en la prensa noticias de este tipo, personas que maltratan incluso a los perros son tomados presos. En Brasil no es así, las penas permiten realizar acuerdos. El Ministerio Público le ofrece al procesado llegar a un acuerdo o simplemente suspender el proceso hasta que pueda remediar el daño ambiental y así se archiva después el proceso. Personas en la cárcel es algo raro, muy raro, cuando están presos es por el tráfico de aves al exterior, ellos en este caso responden no por delito ambiental, sino por la conformación de bandas, pero es algo que no es tan común.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Un aspecto muy importante que motiva bastante el cumplimiento de la norma ambiental. Actualmente en España existen más de 10 alcaldes en la cárcel por haber dado permisos que no deberían haber sido dados. Eso es un elemento que dinamiza y da mucha seriedad a la temática, pero al parecer es importante primero empezar con la normativa que tenemos del ámbito administrativo.

Para la magistrada María Luz Regalado, tenemos las siguientes interrogantes: *¿por qué tiene la impresión de que no va a haber tanta demanda, si ha contado usted una serie de daños ambientales y catástrofes ambientales?, ¿cómo están establecidas las apelaciones de las sentencias?, ¿cuál es el régimen de revisión? y ¿de dónde surge la recomendación de implementar tres Tribunales y cuáles fueron los argumentos de esta propuesta?*

Sra. María Luz Regalado

La impresión que se tiene al interior de la Corte de que no va a haber mucha demanda es precisamente porque se hizo un estudio a nivel nacional de cuántas reclamaciones civiles habían derivadas de responsabilidad por daño al medio ambiente, no encontramos ninguna. Esto no es porque no estuviesen los Tribunales, porque podían irse a los Tribunales comunes, a los que conocen en material civil, porque antes de la entrada en vigencia de la Ley no encontramos ninguno, el caso que yo les comenté fue en 1996.

Una de las explicaciones, cuando yo consulté a las personas a las que mandamos a investigar cómo era posible que si habían hablado con los jueces que conocen en materia civil, incluso los nuevos jueces civiles mercantiles que iniciaron el año 2010, una de las personas encargadas nos dijo que le comentaron que había un capacitador de la escuela que les había dicho que si le llegaban demandas de responsabilidad por problemas ambientales tenían que declarar la improponibilidad de las mismas porque no eran juzgados especializados. Sin embargo yo hice una investigación, pocos días antes de venirme para acá, y realmente no es que haya declarado la improponibilidad, es que no hubo ningún tipo de reclamación. Ese es el temor que se tiene. El caso que les traje, lo conocí en apelación, se confirmó la sentencia juez de primera instancia, luego lo único que se ha dicho fue la recomendación a la CEL de compactar el pozo y al Ministerio del Medio Ambiente para notificarle el daño que se estaba generando con la fisura del pozo. Hubo otro que no prosperó, de una señora que reclamó cuando retiraron una torre de telefonía móvil porque -dijo- le había dañado su propiedad y que tenía problemas de sordera por la contaminación sónica, pero ella hizo el reclamo una vez que habían quitado la torre, no antes y dijo que la prueba era que habían ordenado que se retirara la torre, pero la habían retirado porque no tenía el permiso para la edificación de la misma. Sin embargo y lastimosamente en mi país se ven muchas antenas de telefonía dentro de las ciudades principales y alrededor de casas de habitación, todavía sigue en discusión si realmente eso provoca daño o no.

Tenemos la vía de la apelación y la vía de la casación, conocerá en este caso la Cámara Tercera de lo Civil y cuando tengamos más casos será la Cámara Especializada.

La recomendación de implementar tres Tribunales surge, o más bien dicho, la decisión surge al interior de la Corte Suprema de Justicia, consi-

derando que aglutinaba las tres zonas principales del país; en San Salvador, la central y la paracentral y las otras dos zonas, y precisamente por el mismo tema de que pensábamos de que no iba a haber mucha demanda y que no era necesario que se crearan tantos tribunales. Eso no implica que si la necesidad lo requiera no se vaya pensando en la creación de más Tribunales, porque eso es así, así hemos operado. También hay un poco de resistencia al interior del Pleno de la Corte respecto a la especialización de los jueces, porque ahora tenemos que más o menos el 80% del presupuesto del órgano judicial se va en pago de salarios, entonces se tiene el temor que va a llegar un momento en que todo el presupuesto se va a ir para eso y no vamos a tener como para inversión.

Sr. Vladimir Passos de Freitas

Me gustaría mencionar tres temas rápidamente: uno, donde no hay posibilidad de especialización cuando hay pocos casos o procesos, es posible, como se hizo en Brasil, la semi-especialización, sólo ese juez, de ese Tribunal va a recibir entonces los temas ambientales. Pero también puede recibir otras materias y después se puede hacer una compensación. Entre los jueces hay ciertas disputas, si un juez tiene mil procesos y el otro tiene 200, éste va a luchar para que el otro no tenga especialización porque él puede trabajar más, entonces la semi-especialización es bastante positiva para calmar esta situación; segundo, el éxito va a depender también de la divulgación. Yo me preparé para ser Presidente, yo quería ser Presidente y un buen Presidente, yo me preparé y mi Tribunal de Apelación Federal tiene más de mil funcionarios y 27 magistrados, es muy grande. Me preparé e hice un curso también de 10 días de propaganda y marketing ¿Qué cosa tan rara no? Un juez preocupándose de ese tema. Así es, porque el poder judicial tiene que divulgar las cosas buenas y si yo no supiera entonces cómo guiar a mis funcionarios sería difícil. Entonces hice ese curso que fue muy interesante un sector totalmente distinto del nuestro y aprendí. Aprendí que todas las cosas buenas tienen que ser divulgadas. El juez ambiental también tiene que divulgar el trabajo del juzgado, tiene que ir a la radio, a la televisión, a la prensa, decir *estamos abiertos, estamos trabajando, queremos hacer el mejor trabajo, queremos hacer visitas*. El juez no puede ser un juez del pasado que simplemente se queda en su gabinete. Hay que visitar los organismos ambientales, hay que ponerse de acuerdo, que la sociedad nos conozca. Ahora, si el éxito ocurre considerando todos estos factores, el juez va a crecer. Si las personas confían, entonces van a entablar demandas porque las personas no presentan demandas si no tienen confianza y claro, la justicia entonces no será útil para nada.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Última pregunta para los señores Pring, ¿el derecho al acceso y a la participación está vinculado al derecho a un medio ambiente sano? También quisiéramos que nos comentaran si en su experiencia es posible incrementar el cumplimiento de estos derechos sin un especial reconocimiento constitucional del derecho del medioambiente.

Sr. George Pring

Primero que todo, para una gran cantidad de países en el mundo ya existe un reconocimiento en la Constitución. Tristemente no es así en la Constitución de Estados Unidos, pero ellos no estaban pensando, como lo dijeron en Canadá, en la palabra que empezaba con E en inglés, Environment, en español el medio ambiente. Pero el hecho es que uno no necesita, no debería decirlo porque la protección constitucional, yo enseño Derecho Constitucional, la protección constitucional es maravillosa porque uno puede transformar eso a Derechos Humanos en forma bastante rápida como ustedes sabrán. Pero honestamente uno no necesita una cláusula constitucional para proteger los derechos humanos y tener un entorno saludable. Existen disposiciones de leyes a nivel nacional y regulaciones que hacen eso de manera efectiva. Estados Unidos no tiene ninguna garantía constitucional para un entorno medioambiental saludable, tenemos un sistema razonable de protección de los derechos de acceso. Uno no necesita una Constitución o uno podría hacer lo que estaba sugiriendo la profesora Fuentes Torrijo, un tratado, como la Convención de Aarhus, a pesar de que podríamos ir creando una para las necesidades específicas de Latinoamérica y el Caribe.

Sra. Catherine Pring

No siempre estamos de acuerdo para serles honestos. Creo que lo otro que hemos visto alrededor del mundo, y esto es algo que el profesor Passos de Freitas podría hacer un ejemplo, son jueces activistas. Sabemos que en muchos lugares como en Estados Unidos los activistas judiciales son bastante comunes. Sin embargo, lo más interesante que hemos visto con respecto a la justicia medioambiental se encuentra en Filipinas, donde los jueces suelen reconocer esos derechos y suelen cambiar las reglas de los procedimientos que se generan por la Corte Suprema o por las cortes locales. Así que existe un tremendo poder a nivel judicial para crear esos derechos a nivel de procedimiento, bajo la forma que interpretan la ley y la forma de desarrollar los procedimientos para aplicar la ley y los Derechos Humanos. Aplicar los Derechos

Humanos es algo maravilloso donde uno puede tomar el derecho a la vida y uno puede transformarlo de manera muy sencilla a toda una serie de derechos ambientales que tienen que ver con el agua, el aire, la tierra, los alimentos, la proliferación nuclear y todo tipo de cosas. Así que me parece que es esa aplicación que hemos visto a través de una jurisprudencia brillante y jueces realmente comprometidos que están batallando con el mundo y cómo se está actualmente.

Moderador Sr. José Agustín Ramírez

Al cerrar este panel quería agradecer a todos los panelistas y al público presente por su atención y participación.

REFLEXIONES



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**

EXPOSICIONES Y DEBATE 2014

Reflexiones a partir del Foro

Javier Serrano

Abogado Presidente de la Asociación de Derecho Ambiental de España

Reflexiones preliminares sobre las distintas cuestiones debatidas en este I Foro Interamericano de Justicia Ambiental.

He de comenzar por felicitar al Tribunal Ambiental de Santiago por el éxito del encuentro, por el gran nivel y la alta representación de los participantes, su conocimiento y compromiso, por las exposiciones de las autoridades de las Cortes Supremas y Tribunales, y puesta en común en el debate con el público asistente que lo han enriquecido.

De igual forma, he de agradecer de manera muy especial, la invitación a participar desde España en este encuentro Interamericano, y ser testigo excepcional de un foro que, sin duda, ha marcado un hito en este tipo de encuentros.

Lo hago en mi condición de Presidente en funciones de la Asociación de Derecho Ambiental Español, como consecuencia del reciente fallecimiento de nuestro querido maestro y Presidente, el Profesor D. Ramón Martín Mateo, padre del Derecho Ambiental español, a quien me van a permitir que, con motivo de esta ocasión, recuerde y rinda sentido homenaje, dada su especial vinculación a Latinoamérica y a sus ambientalistas.

Son múltiples las cuestiones que han surgido a lo largo de estos tres días de intenso debate, por lo que es un atrevimiento por mi parte hacer un breve resumen y unas reflexiones preliminares de este Foro.

Intentaré centrar mi exposición en este breve espacio de tiempo en subrayar al menos, algunas de las más relevantes que se han suscitado.

La incorporación a los derechos internos de los compromisos asumidos en las convenciones internacionales, en especial a partir de la conferencia de Estocolmo de 1972, y la posterior Declaración de Río de Janeiro de 1992, han dado un gran impulso a los aspectos regulatorios y a los mecanismos de control jurisdiccional y de acceso a la justicia ambiental.

La consagración constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado o sano y libre de contaminación, como proclama la Constitución de Chile, durante los últimos veinte años, a pesar del desigual desarrollo legislativo e institucional, ha dado especial preponderancia al papel de los instrumentos de garantía de amparo o protección, siendo la jurisprudencia constitucional la que, de una manera relevante y *prima facie* ha venido incorporando y desarrollando de manera progresiva los principios fundamentales del derecho ambiental, haciéndolos efectivos, a la vez que asistimos a una constante evolución y consolidación de nuevos principios, conceptos e instituciones.

Además, hemos tenido la oportunidad de conocer las experiencias de modelos constitucionales que han ido más allá, como en el caso de Ecuador y de Bolivia, considerando a la naturaleza como sujeto de derechos, que subrayan de manera patente la especial vinculación del derecho al medio ambiente con los derechos humanos.

La jurisdicción ordinaria se ha mostrado insuficiente para abordar la problemática ambiental, y la transversalidad e interdisciplinariedad que se son características. Por lo que es principalmente en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, donde se ha residenciado el contencioso ambiental, compartiendo, en la mayoría de los casos, la competencia de los tribunales con otras materias, y apostando en algunos casos, como el chileno, por tribunales con competencias exclusivas.

En muchos de los modelos procesales existentes, el acceso a los procedimientos de garantía constitucional convive con las jurisdicciones; principalmente en el ámbito contencioso administrativo, así como la civil y penal, haciéndose necesaria una mejor clarificación e incardinación.

La experiencia comparada nos muestra la progresiva expansión de distintos regímenes de lo que ha venido en denominarse Tribunales Ambientales, que responden a estos nuevos principios e instituciones, bien como Tribunales Administrativos, bien compartiendo competencias en el orden contencioso administrativo o como Tribunales propiamente especializados, como es el caso de Chile.

Tanto desde el punto de vista de la organización y distribución competencial, como de los aspectos puramente procedimentales podemos extraer algunas inquietudes y preocupaciones compartidas, entre las que podríamos destacar los siguientes:

La preocupación por garantizar la independencia de estos Tribunales respecto a los poderes políticos y respecto a las administraciones públicas, reclamando una clara vinculación en el seno del Poder Judicial.

Se ha resaltado igualmente, la necesaria formación y especialización de los jueces, así como un mayor conocimiento por parte del resto de operadores jurídicos y de los ciudadanos en general de la existencia de los Tribunales Ambientales y los procedimientos de acceso a la justicia.

Todavía hoy en día, hay muchos profesionales del derecho que incluso desconocen y que están poco familiarizados con el contencioso ambiental. Esa formación también hay que reclamarla por todos los que colaboran en la administración de justicia.

El fortalecimiento institucional es presupuesto del funcionamiento de los Tribunales Ambientales. El desarrollo adecuado de los principios constitucionales de las legislaciones de los Estados, y una completa regulación sectorial ha de ser abordada de manera integral, dada la interrelación existente entre los distintos elementos del ambiente.

La ampliación progresiva de las competencias que tienen asumidas, es otra de las conclusiones dignas de mención.

En muchos de los casos particulares que se han relatado, se ha puesto de manifiesto la importancia de las presiones urbanísticas y de uso del suelo, especialmente sobre los espacios naturales protegidos, la incidencia de la función ecológica de la propiedad, y los mecanismos de compensación.

Precisamente en el ámbito de la responsabilidad penal, hemos tenido la oportunidad de compartir, el modelo de organización y las funciones existentes en España de la Fiscalía Coordinadora en Urbanismo y Medio Ambiente, y la especial incidencia en la persecución de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, junto con los tradicionales delitos de contaminación.

Desde el punto de vista procedimental son muchas las cuestiones que se han apuntado, y que sin duda requerirán una mayor atención en futuros encuentros. Sirva a título meramente enunciativo las relacionadas con: la ampliación de la legitimación; las medidas cautelares; la objetivación de la responsabilidad por los daños ambientales; la valoración de los daños; la responsabilidad del Estado; la potenciación de la potestad

administrativa sancionadora, la ampliación de la responsabilidad penal, o la evaluación del impacto ambiental y las técnicas de intervención preventiva, son algunas de las que podrían enumerarse.

La extensión más allá de los paradigmas tradicionales del Derecho, de la constitución de Tribunales con miembros técnicos de otras disciplinas, especialmente en los Tribunales Administrativos, o incluso en el ámbito propiamente jurisdiccional, como es el caso de los Tribunales Ambientales chilenos, es uno de los rasgos que hay que destacar. Estamos habituados, por lo menos en el ámbito del Derecho Continental Europeo, a que la potestad jurisdiccional únicamente se ejercite por jueces de Derecho. El reto ambiental, su transversalidad y alto componente técnico, requiere una preparación especializada, y bien directamente, mediante la incorporación de magistrados con esa formación y experiencia, bien mediante apoyos importantes de colaboradores técnicos, parece que es una tendencia del futuro el desarrollo de los Tribunales Ambientales.

Otro de los aspectos a destacar es la relevancia que se le ha dado a los instrumentos de resolución alternativa de conflictos (ADR), impulsados desde los propios Tribunales, en los que quizás habría que profundizar, valorando la funcionalidad que tienen estos sistemas, no solamente la mediación sino también la conciliación que quizá sea lo que más hacen los Tribunales y también el arbitraje, así como la necesaria formación de los mediadores en materia ambiental.

Hay que avanzar en la permeabilidad de los principios de Derecho Ambiental en las políticas legislativas, en la aplicación por parte de las administraciones públicas y en todas las políticas públicas, y muy relevantemente, en las políticas económicas de los Estados. Desde el punto de vista de ese fortalecimiento, la adecuada planificación, la inspección y el control cobran especial relevancia. Estamos ante un derecho preventivo, y la garantía fundamental es evitar el daño. Esa es nuestra finalidad y objetivo. El principio de prevención hay que potenciarlo en todas las instancias.

Hemos constatado la progresiva incorporación en la jurisprudencia de los tribunales de los principios universales del Derecho Ambiental, como son, entre otros: el principio de precaución, de quien contamina paga, o el de no regresión, junto con la evolución de nuevos principios como inspiradores, no solamente de las políticas públicas, sino también la aplicación del derecho de los órganos jurisdiccionales, como el principio *in dubio pro natura*, o la consideración como obligaciones *propter rem*.

Se ha puesto en evidencia la existencia de problemas comunes, como los impactos derivados del cambio climático; el comercio ilegal de especies; la minería ilegal, o los atentados contra la Amazonía; la biodiversidad; los recursos hídricos y los espacios naturales protegidos, que, en muchos casos, ocasionan problemas transfronterizos, propios de la internacionalización del Derecho Ambiental, sometiéndose a consideración por parte de alguno de los participantes la posibilidad de creación de una Corte Internacional que abordara estas cuestiones, o la potenciación de redes judiciales especializadas de carácter transnacional.

Como práctico del derecho, quiero dar un paso más relacionado con el panel relativo al Acceso a la Justicia. Porque realmente la tutela judicial ha de ser efectiva.

La transparencia, la información y la participación pública constituyen pilares básicos del acceso a la justicia. La información no solamente es un derecho, es una obligación de todos los poderes públicos. Es una obligación activa de los poderes públicos. Hay que desarrollar políticas activas y remover esos obstáculos para que se acceda a esa información actualizada, veraz y contrastada.

Se ha tratado en el Foro el Convenio de Aarhus, relativo a la información, participación y acceso a la justicia, del que yo soy bien conocedor como europeo, porque nos ha afectado de manera directa: su principales características, y las ventajas e inconvenientes, dado su carácter de convenio regional que podría significar su adhesión, en el ámbito latinoamericano, o el posible desarrollo de un convenio específico de similares características.

El Convenio ha sido ratificado por la mayoría de los países europeos y por la propia Unión Europea, y desarrollado en una, cada vez más abundante, jurisprudencia por el Tribunal Europeo de Justicia, significando un gran avance, a pesar de la necesidad evidente de seguir avanzando en su aplicación, sobre todo en los ámbitos regionales y locales.

La otra vertiente es la participación pública en la toma de decisiones que es fundamental y que no ha de ser simplemente un trámite. Y creo que cualquier decisión tiene que valorar y motivar los efectos de la participación pública, y que va íntimamente ligada a la sensibilización de los ciudadanos y a la cultura democrática y de la participación. En este punto se ha destacado por diversos participantes, la complejidad y los problemas existentes en los procedimientos de consulta previa de las comunidades indígenas, y la necesidad de mejorar estos procesos.

Los obstáculos que hay que remover para el acceso a la justicia, todavía son muchos y considerables. Hay que avanzar hacia una ampliación de la legitimación mediante la acción popular, así como la necesidad de remover otro tipo de obstáculos que también se han puesto aquí de relieve, como es la igualdad de las partes en el proceso, la gratuidad en el acceso a la justicia y las costas judiciales. En algunos países se mantienen elevadas tasas judiciales sólo por acceder a la justicia que impiden un acceso en condiciones de igualdad.

Por último y para concluir, algo que también se ha puesto de relieve y que garantiza la efectividad de la tutela justicia es la ejecución de las sentencias y su cumplimiento. En España estamos viviendo esta situación en muchas ocasiones, se está intentando remover, incluso, imponiendo multas pecuniarias a las autoridades, no a las administraciones sino a los responsables de las autoridades o apercibiéndoles de la posible comisión de delitos de desobediencia.

Como he dicho al comienzo de mi intervención, el Foro ha sido un hito, al que hay que darle continuidad en el futuro. Y hay una firme convicción: la necesidad de contar con tribunales especializados que constituyan la última garantía de la justicia ambiental. Tienen ustedes un reto absolutamente apasionante por delante, está en juego nuestro futuro común, y creo que es algo que tenemos que conseguir entre todos en base a otro principio también que ilustra nuestro derecho ambiental, como es el principio de responsabilidad compartida.

José Agustín Ramírez

Abogado. Ex Jefe de la Unidad Ambiental del Consejo de Defensa del Estado de Chile

Me corresponde hacer un breve resumen de lo que ha sido este Foro. Desde el punto de vista formal, ya hemos visto del punto de vista de fondo que hemos tocado una serie de materias muy interesantes que toca seguir desarrollando, pero desde el punto de vista formal tiene varias particularidades. Es un Foro en que han venido las más altas autoridades judiciales de América, han dejado su tiempo y han tenido un largo vuelo para llegar aquí. Es un esfuerzo importante por un tema que les motiva.

Les motiva a todos los participantes, hemos visto un apasionamiento en las exposiciones de los magistrados que me ha dejado muy sorprendido. Al igual que Javier, suelo asistir a innumerables seminarios de medio ambiente, tanto en la universidad como en los foros de abogados, y un sentimiento de compromiso como el aquí visto es algo inédito. Y si ese compromiso es además por parte de los magistrados, y no sólo de los magistrados, de los más altos magistrados de los países de América Latina, es una gran satisfacción como ciudadano, poder haber estado presente en este evento.

También quiero agradecer al público, el público se ha portado de manera ejemplar, no sé si se han dado cuenta. Han cumplido las normas rigurosamente, nadie ha intervenido, nadie se ha salido a destiempo, se han quedado hasta el final. Yo no sé si es por la materia o por el miedo a los magistrados. Pero hay que reconocer que han tenido un comportamiento único. Nos han hecho todas las preguntas por escrito. Como han participado activamente, silenciosamente, yo me permití hacer una pequeña encuesta a muchos participantes y al público en general para poder ser vocero de lo que habían sentido de este Foro.

Además del evento, de lo que he dicho de la emoción y el apasionamiento de los magistrados, algunas personas me dijeron y solamente voy a poder citar ciertas frases: *La sensación de estar haciendo algo útil, decían algunos de los participantes. Estoy siendo parte de un proceso que se transformará en algo mayor. Con consecuencias. Es un peldaño más en la escalera de avance y de la consolidación de los Tribunales Ambientales. Tiene que transformarse en el establecimiento de una red con objetivos y formas de trabajo colectivo. Esta es muy interesante: hemos perdido el sentido de orfandad, nos hemos dado cuenta que no éramos los únicos que estábamos intentando aplicar la normativa ambiental en forma rigurosa. Que había otros, en muchos sitios haciendo lo mismo que nosotros. Ese sentimiento de hermandad, nos obliga como hermanos que se encuentran a seguir trabajando, en conjunto ahora, ya es irreversible ese paso.*

Por lo tanto me han encomendado también plantear algunas propuestas concretas. Sólo desde el punto de vista de moderador, puedo plantear cosas instrumentales, pero creo que una de las cosas que ya se debe hacer es establecer un sitio web donde todas las ponencias de este panel estén establecidas, en un sitio web del Foro. Que las sentencias que se han entregado por parte de las autoridades españolas y muchos otros que sean parten de ese sitio web, aunque no estén sistematizadas aún pero que estén ahí. También creo que los magistrados deberían tener

un sistema de comunicación entre ellos, a través de compartir los correos electrónicos y puedan comunicarse libremente cuando lo estimen pertinente.

Son muchas las iniciativas que se me han planteado, pero evidentemente esas de fondo ya corresponden a los tribunales ambientales propiamente tales. Por eso agradecer nuevamente a todos vuestra presencia.



**1^{ER} FORO
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA AMBIENTAL:**
EXPOSICIONES Y DEBATE 2014



