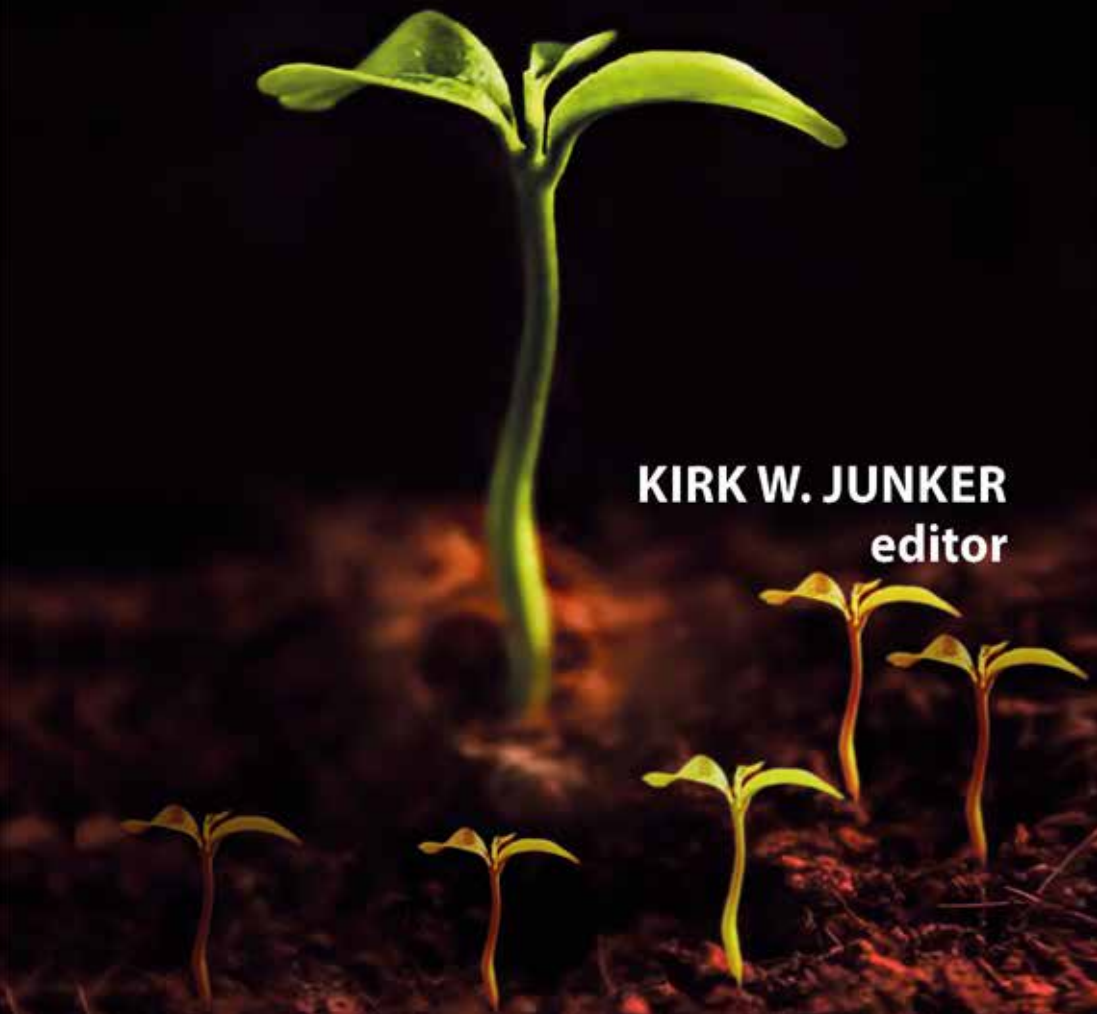
DERECHO AMBIENTAL A TRAVÉS DE LAS CULTURAS

Comparaciones para la práctica jurídica



KIRK W. JUNKER
editor

DERECHO AMBIENTAL A TRAVÉS DE LAS CULTURAS
Comparaciones para la práctica jurídica

DERECHO AMBIENTAL A TRAVÉS DE LAS CULTURAS

Comparaciones para la práctica jurídica

Editado por Kirk W. Junker

Prefacio por M. C. Mehta

FONDO EDITORIAL PUCP

Derecho ambiental a través de las culturas
Comparaciones para la práctica jurídica
Kirk W. Junker, editor

Título original: *Environmental Law Across Cultures: Comparisons for Legal Practice*.
© Routledge, miembro de Taylor & Francis Group, 2020.
Todos los derechos reservados. Traducción autorizada de la edición en inglés.

De esta edición:
© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2023
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Traducción: Manuel Ruiz.

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:
Fondo Editorial PUCP

Primera edición: febrero de 2023
Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN: 978-612-317-822-2
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-01058

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Mediante el contraste de las funciones de distintos actores y herramientas a través de una infinidad de contextos legales, los autores presentan sorprendentes perspectivas que afectan a las culturas jurídicas. El papel del ciudadano ante la ley y el acto de comparación en el análisis jurídico son claves para desenredar los hilos de las respuestas ambientales. Este libro, que ofrece una excelente gama de análisis ambiental, es una oportuna herramienta comparativa para comprender la evolución de la buena gobernanza ambiental. Los profesionales, estudiantes y una amplia variedad de lectores encontrarán en él una importante contribución para comprender más profundamente los complejos temas jurídicos ambientales.

Elizabeth Burleson, coeditora de
Derecho ambiental comparado y su regulación

Este texto es un profundo estudio de derecho ambiental comparado tanto para estudiantes como profesores, abogados practicantes, expertos o simplemente interesados. Este libro va mucho más allá en la comparación de normas escritas y diferencias en prácticas, pues su enfoque incluye el hecho de que la ley, en toda circunstancia social, nace de una cultura concreta; y su contenido, por lo tanto, es una consecuencia de la misma. Se trata de un libro es a la vez histórico y contemporáneo; cubre desde Canadá hasta Chile y desde India hasta Etiopía y muchos otros en el medio de la impresionante extensión geolegal. Estudia el derecho ambiental comparado mediante casos resueltos en diferentes poderes judiciales locales, nacionales y federales de sistemas jurídicos disímiles en muchos lugares del mundo. Desde el derecho consuetudinario hasta el estatutario, y desde los principios constitucionales hasta las leyes ambientales específicas de varios países, se comparan y contrastan no solo en busca de diferencias y similitudes, sino para señalar cómo se razona, se define y se imparte la justicia en función de la historia, la cultura, las exigencias de la vida moderna frente a la protección ambiental y la satisfacción de las necesidades humanas.

Dr. Richard A. Byron-Cox, Especialista en Derecho Internacional,
diplomático y experto en desarrollo sostenible, Naciones Unidas

Este libro es una contribución refrescante y muy necesaria en el ámbito del derecho ambiental comparado. No rehúye el asumir la compleja tarea de comparar el enfoque y la práctica del derecho ambiental en culturas jurídicas contrastadas. Su singularidad radica en su capacidad para combinar eficazmente el rigor y la profundidad académica con el aprendizaje de la práctica de derecho ambiental en distintas culturas, ya que muchos autores son también profesionales de países tan diversos como India, China y Alemania, por nombrar algunos. Se trata de un libro imprescindible para cualquiera que trabaje o investigue el derecho ambiental en diversos contextos jurídicos y políticos.

Arpitha Kodiveri y Hans Kelsen,
becario del Departamento de Derecho, European University Institute

Para todos aquellos que no tienen agua, aire o tierra suficiente,
pero nunca podrán leer este libro. Algunos lo saben, otros no.
Esperamos que este libro ayude a alguien a ayudarlos.

Índice

Lista de siglas 13

Agradecimientos 15

Prefacio 17

Prólogo 19

Preámbulo 23

Primera parte
Comparación

Capítulo 1
¿Por qué comparar?
Las funciones biológicas, cognitivas y sociales de la comparación para el ser humano
Kirk W. Junker 31

Capítulo 2
Una taxonomía de la comparación: *accessus ad auctores*
Kirk W. Junker 49

Segunda parte
Instituciones y órganos de la legislación ambiental
Implementación y resolución de conflictos

Capítulo 3
Ubicación del derecho ambiental en el sistema jurídico
Marek Prityi, Ana Miola, Yuan Ye, Ryan Kraski y Saskia Münster 89

Capítulo 4
Resolución de conflictos ambientales
Vanessa Johnston, Tsegai Berhane Ghebretekle, Ryan Kraski, Jorge Ignacio García Nielsen, Ana Miola y Mrinalini Shinde 135

Tercera parte
Normas y herramientas de legislación ambiental, su implementación y resolución de conflictos

Capítulo 5
Disposiciones constitucionales
Ryan Kraski, Marek Prityi y Saskia Münster 199

Capítulo 6
Interfases entre el derecho y la política
Tsegai Berhane Ghebretekle y Marek Prityi 227

Cuarta parte
Legislación ambiental: sujetos, aplicación y resolución de disputas

Capítulo 7
Participación pública
Mrinalini Shinde, Tsegai Berhane Ghebretekle, Moritz Röhrs y Kirk W. Junker 251

Capítulo 8
Opciones económicas facilitadas por el derecho ambiental
Sacha Kathuria 283

Capítulo 9
Sistemas de evaluación de impacto ambiental
Dennis Agelebe, Marek Prityi y Jorge Ignacio García Nielsen 317

Capítulo 10
Delitos ambientales y aplicación de la ley
Mrinalini Shinde 377

Epílogo
Conclusiones a través de las culturas
Kirk W. Junker 415

Sobre los autores 419

Bibliografía 425

Índice alfabético 463

Lista de siglas

AFPA	Agencia Federal de Protección Ambiental (FEPA, por sus siglas en inglés).
ANANR	Agencia Nacional de Aplicación de Normas y Reglamentos Ambientales (Nigeria)
BGH	*Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justicia Alemana)
BKA	*Bundeskriminalamt* (Estadísticas policiales de crímenes en Alemania)
CF	Corte federal
CFRE	Comisión Federal de Regulación de Energía
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
CRDFE	Constitución de la República Federal de Etiopía
CRF	Código de Regulaciones Federales
CSJB	Corte Superior de Justicia de Brasil
DBO	Demanda bioquímica de oxígeno
DCA	Departamento de Calidad Ambiental
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
GEAIP	Guías y Estándares Ambientales para la Industria Petrolera (Nigeria)
GG	*Grundgesetz* (Ley Fundamental o Constitución Alemana)
HLR	*Harvard Law Review*

ICLEI	Consejo Internacional para las Iniciativas Ambientales (por sus siglas en inglés)
LAL	Ley de Agua Limpia
LAPS	Ley de Agua Potable Segura
LCRR	Ley de Conservación y Recuperación de Recursos
LFCCA	Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua
MCAE	Mecanismo de Calidad Ambiental en la Producción de Electricidad
MMA	Ministerio del Medio Ambiente
NAAQS	Estándares Nacionales de Calidad del Aire Ambiental (por sus siglas en inglés)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
ONG	Organismo no Gubernamental
ONRDI	Oficina Nacional de Registro de Delitos en la India
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PRAD	Programa de Resolución Alternativa de Disputas
REGRT-E	Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad
RN-W	Renania del Norte - Westfalia
RPC	Regla de plomo y cobre
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA	Superintendencia del Medio Ambiente
StGB	*Strafgesetbuch* (Código Penal Alemán)
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TNV	Tribunal Nacional Verde
UE	Unión Europea
UNECE	Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (por sus siglas en inglés)
UNEP	Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente (por sus siglas en inglés)

Agradecimientos

Deseo agradecer a mi colega M.C. Mehta, cuyo trabajo en materia del interés público es una inspiración para todos los abogados que trabajan para la mejora del medio ambiente. La lectura de su obra, *In the Public Interest* (Prakriti Publications, Delhi, 2009), me convenció de las satisfacciones que brinda el estudio del derecho ambiental a través de las culturas. También quisiera agradecer a mi excolega e ingeniero Michael J. Heilman, del Departamento de Protección Ambiental de Pensilvania, en los Estados Unidos, por constante disposición a mantenerme en contacto con las inquietudes de la práctica pública. Agradezco a Robert D. Taylor, John Poulakos, Nicholas P. Cafardi, Frank Y. Liu, Klaus Klein, Erach Bharucha, Shamita Kumar, Sophie Robin-Olivier, Tsegaye Beru, y el difunto Edward Keynes, por ampliar mis horizontes y mi red. El equipo de producción que hizo posible la elaboración del libro empezó con Mrinalini Shinde, quien organizó a todos los autores, seguido por Saskia Münster y Ryan Kraski, quienes trabajaron minuciosamente en la organización y subedición de los textos. Emma Shensher, Lena Carduck, Laura Midey, Luka Vihuto y Michelle Quindeau merecen un agradecimiento por colaborar en la revisión. Marek Prityi, Asesor del

Ministerio de Medio Ambiente de Eslovaquia, escribió opiniones e ideas en casi todos los capítulos. Tanto Prityi como Münster ofrecieron varias conferencias para nuestros alumnos para dar vida a sus ideas escritas. El Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Colonia merece un reconocimiento por atraer y organizar a los autores de derecho ambiental de todo el mundo. También deseo darle las gracias a Autumn L. Alko, la artista gráfica quien diseño la imagen de portada del libro en la edición original en inglés. Mi gratitud a la Universidad Duquesne por el permiso para incluir en su Revista de Derecho algunas ideas que había publicado anteriormente con ellos. Gracias también al personal de la Biblioteca Carnegie de Pittsburgh, sede Sur, donde completé el texto final. Finalmente, quiero dar las gracias a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, Programa de Maestría Internacional en Ciencias Ambientales, y Programa de Maestría en Cultura y Medio Ambiente en África, así como a los alumnos de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Colonia, todos los cuales han participado en derecho ambiental comparado de la Universidad de Colonia por más de quince años. El intercambio de ideas invalorables entre muchos autores y estos estudiantes fueron esenciales para desarrollar los conceptos y texto. Todos aprendemos unos de otros.

Prefacio

Este libro refleja el principio de *vasudhaiva kutumbkam*, frase que en sánscrito significa «todo el mundo es una familia». El aire, agua y la tierra necesarios para todos los seres vivos no se limitan a fronteras artificiales delimitadas por diferentes naciones. La competencia, la avaricia, las guerras, la carrera armamentista y las políticas de desarrollo erróneas han cegado a la mayoría de las naciones poderosas y les ha hecho pensar que la Tierra les pertenece y que es meramente un objeto y recurso para ser explotado. A pesar de nuestros grandes y sofisticados avances tecnológicos, nos negamos a aprender de las enseñanzas extraídas de la historia o de otras especies vivientes que han logrado adaptarse a través de milenios a una supervivencia fundada en necesidades, a diferencia de nosotros, humanos pensantes y «superiores» que acaparamos recursos naturales por avaricia. Hemos dividido a la Tierra en continentes, países y Estados, y a partir de allí, elaborado leyes y políticas ambientales explotadoras y centradas en el ser humano, resultando en la despiadada extinción de una gran variedad de especies tanto animales como vegetales. A medida que la crisis climática se va extendiendo, nos volvemos más despreocupados de los peligros que tenemos frente a nuestros propios ojos. La contaminación de la tierra, ríos, lagos, arroyos y aguas subterráneas; los residuos sólidos,

nucleares y desechos peligrosos de todo tipo; e incluso los desechos flotantes en el espacio se agravan por las frecuentes guerras entre una o más naciones y contribuyen a una situación aparentemente irremediable para nuestro asediado planeta. Hemos llegado a una coyuntura crítica de nuestra historia en la que hay que hacer o morir. En cualquier momento puede estallar una catástrofe de gran magnitud y, cuando suceda, tendrá el potencial de herir o destruir a una gran parte de la población.

Derecho ambiental a través de las culturas es un excelente ejercicio de derecho comparado aplicado que ofrece al lector una visión panorámica del derecho y la política ambiental, brindando perspectivas sobre una serie de temas relevantes entre los que se incluyen los delitos ecológicos y el uso y abuso de mecanismos de ejecución, mientras que se equilibran las perspectivas de la teoría y la práctica en muchas partes del planeta. Kirk W. Junker y esta red de autores de Australia, China, India, Etiopía, Nigeria, Brasil, Chile, Alemania, Eslovaquia y Estados Unidos ofrecen una oportunidad para que los ciudadanos, los legisladores, los abogados y los jueces —ya sea que formen parte de jurisdicciones, en los tribunales ambientales o en las cortes ambientales— puedan superar los límites parroquiales, administrativos o judiciales, o los límites jurisdiccionales, y proporcionar justicia ambiental. La justicia medioambiental aún es posible y este libro es una provocación reflexiva que incita y permite a sus lectores luchar por ella. La justicia ambiental reconoce que el entorno natural no practica la discriminación, la religión o barreras y habla en un lenguaje que permite a todos los seres vivir y dejar vivir en su único hogar: la Tierra.

M.C. Mehta, M.C. Mehta Environmental Foundation, Delhi, India

Prólogo

Derecho ambiental a través de las culturas. Comparaciones para la práctica jurídica nos persuade de la necesidad de una aproximación científica al derecho comparado que descarte la verdad de una cultura jurídica sobre otra. Propone hacer explícitas las asunciones en la comparación del derecho ambiental, lo que efectivamente hace en el análisis de temas institucionales, constitucionales, de solución de conflictos, entre otros relacionados con el tema ambiental desde al menos unas diez culturas jurídicas descritas por profesionales en ejercicio en sus respectivos países.

Para quienes en el pasado hayamos considerado el derecho comparado como parte de un ejercicio sin relevancia cognitiva ni transformadora, este libro nos regala una reconciliación inspiradora con esta disciplina a partir de la reflexión filosófica de su real sentido y el análisis de los temas ambientales puestos en contexto.

Contar con una edición en español es para América Latina un acontecimiento en tiempos de crisis ecológica y sistémica. Urge que la región con más desigualdad social del mundo no solo se familiarice con los diversos enfoques del derecho ambiental, sino que las nuevas generaciones no titubeen en establecer normas ambientales claras con

procesos de garantía de cumplimiento y que lo hagan considerando la propia cultura jurídica. Estudios recientes del Banco Interamericano de Desarrollo indican que los organismos regulatorios enfrentan desafíos para hacer cumplir las normas, generados en parte por limitaciones en la capacidad humana y financiera. Asimismo, señalan que la coordinación debe mejorar significativamente en el nivel municipal y en las instituciones consuetudinarias o indígenas. A esto faltaría añadir que los profesionales del derecho son solo la mitad de la historia, y hay que considerar las expectativas y costumbres de las personas a las que el derecho debe servir en sus propios sistemas legales que no están necesariamente alineados a los textos legales.

La calidad de vida de las futuras generaciones depende de las medidas urgentes que se adopten para detener el deterioro ambiental y para promover el uso de nuevas formas de energía. El consenso mundial es que las causas de la pandemia son las mismas que originan el cambio climático y la pérdida de biodiversidad. Por ello es imprescindible que se tomen acciones frente a la deforestación y el uso intensivo no sostenible de la agricultura.

En 2021 Naciones Unidas ha dado el mensaje de «hacer las paces» con la naturaleza, pues el ser humano la ha destruido, como si hubiera estado en guerra contra ella, tomando sin dar nada a cambio.

Así como los derechos deben conllevar deberes, las libertades implican limitaciones y uno de los desafíos de la humanidad actualmente es la neutralidad en emisiones de carbono que promueve el Acuerdo de París sobre el cambio climático. De este modo, es necesario utilizar eficientemente los recursos naturales cada vez más escasos, tal y como lo hicieron nuestros antepasados: se sabe que el eje de desarrollo de la civilización inca fue el menor uso posible de los recursos naturales, lo que les permitió un desarrollo armónico con los ecosistemas. Incluso las ceremonias de agradecimiento a la madre tierra, que son una necesidad cultural y ética y que provienen de las culturas preincas, aún perduran en los denominados «pagos a la tierra».

La crisis ecológica no solo acentuará la importancia del derecho ambiental, sino que irradiará y competirá con otras ramas jurídicas que probablemente sobredimensionan principios o normas copiados de otras culturas. De ahí la importancia de este libro para la formación de los profesionales del derecho. La pasión por la verdad en tiempos de *fake news* es un gran objetivo que es honrado en estas páginas.

Patricia Iturregui
Asesora principal de la Comisión Especial
de Cambio Climático del Congreso del Perú
Mayo de 2021

Preámbulo

«Trece juristas, diez sistemas jurídicos diferentes, cinco continentes, diez capítulos; todos comparan las culturas jurídicas de tal manera que incluyen a los ciudadanos como participantes esenciales en el derecho ambiental». Cuando un gerente de cumplimiento de una minera griega me preguntó recientemente de qué trataba este libro, esa fue mi respuesta. La práctica informa a la teoría y la teoría informa a la práctica. Tras haber ejercido el derecho ambiental, ahora enseño derecho ambiental regularmente a estudiantes de derecho o de ciencias naturales de Alemania, Francia, Chile, Italia, Turquía, India, Etiopía, Nigeria, China, Brasil, Reino Unido, Estados Unidos y otros países. En un grupo tan diverso, la conversación suele incluir la comparación de culturas jurídicas. Pero la práctica del derecho ante los tribunales del mundo no se realiza en un entorno cultural tan mixto. Y para esas prácticas hay que abordar la pregunta de por qué queremos comparar culturas jurídicas. La respuesta la encuentro en la misma clase. El enfoque más tradicional a la categoría «derecho comparado» haría que los comparativistas comparen textos jurídicos. Sin embargo, como ha advertido Bernhard Großfeld, solo mirar los textos jurídicos es como mirar algo muerto. Uno no puede saber cómo se practica el derecho simplemente leyendo textos jurídicos. Debemos cambiar nuestra comparación para observar el derecho en

la práctica. Por lo tanto, también hay que examinar las instituciones de elaboración, interpretación e implementación de la ley. Incluso en este caso, muchos comparativistas solo se fijan en el abogado, el juez, el agente de policía u otra persona con formación jurídica profesional. Si bien es cierto que estas personas saben lo que dicen los textos y cómo funcionan las instituciones, lo suyo es solo la mitad de la historia. Es el resto de la gente, los ciudadanos, para quienes debe funcionar la ley. Esos ciudadanos pueden tener expectativas o prácticas en su sistema jurídico que no coinciden exactamente con lo que un abogado extranjero leería en un texto o esperaría de un tribunal de esa cultura.

Y así nos vemos impulsados a la muy difícil, pero al mismo tiempo muy reveladora tarea de evaluar a las personas que conviven con la ley en determinadas culturas jurídicas para proporcionar una visión clave del derecho comparado. Por eso el libro lo llamamos *Derecho ambiental a través de las culturas* y no a través de jurisdicciones. La empresa del derecho comparado suele ser conducida por abogados con poca o ninguna experiencia en la investigación de la cultura, incluida la cultura jurídica. La empresa de la antropología jurídica suele ser llevada a cabo por antropólogos que no son abogados y que deben tratar la práctica del derecho como algo que se ve desde fuera; una observación del otro. Ambas perspectivas tienen ventajas y desventajas. En este libro hacemos hincapié en las ventajas de comparar las culturas jurídicas como abogados porque el libro está escrito por abogados que creen que la práctica del derecho ambiental puede beneficiarse de la comparación de culturas jurídicas. Pero al final se trata de un libro de abogados para la provocación de y la aplicación por parte de ciudadanos y abogados.

Por supuesto se incluyen los textos y los expertos en derecho con formación profesional, pero sin excluir la cultura en la que funcionan, si es que funcionan. Históricamente, algunos hubieran prestado cierta atención a las ideas relacionadas bajo la noción de la «legitimidad» de un sistema jurídico. Así que aquí podemos ver el ejemplo del índice de corrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

Económico, y cómo una cultura evita su propio sistema legal para conseguir llevar a cabo la tarea de la vida diaria, a menudo a través de medios corruptos porque los ciudadanos no respetan, desconfían o no pueden costear profesionales del derecho. Eso en cuanto a qué comparamos.

Una pregunta igual de importante y lógicamente previa es por qué comparar. En la literatura de derecho comparado, la respuesta a esta pregunta no se hace a menudo de forma explícita, y cuando es explícita frecuentemente tiende a hacer una lista como si se tratara de comparar equipos de fútbol, con el fin de afirmar cuál es el mejor. Como resultado, escuchamos muy a menudo la calificación errónea de «mejores prácticas», que no es más que una versión poco disimulada de «mejores prácticas de gestión» o «mejor tecnología disponible», términos que los abogados ambientalistas conocen por los compromisos legislativos. Todos estos «mejores» nos dicen algo acerca de por qué comparamos: para determinar cuál es el mejor. Luego de determinar el mejor, ¿qué se puede esperar? ¿Vamos a transferir lo mejor a una comunidad jurídica diferente, como si estuviéramos comprando *souvenirs* en el aeropuerto? Irónicamente, el término «mejor» no es absoluto en sí mismo absoluto, aunque pueda parecerlo. Considere, por ejemplo, que la mejor tecnología disponible se diferenciará si distintas culturas tienen distintas economías, si tienen distintas prácticas laborales, distintas religiones y distintas expectativas sobre el Estado. «Mejor» es relativo a demasiadas variables culturales distintas para ser la norma absoluta que parece ser, y es insuficiente para justificar el empaquetamiento de los textos legales o las instituciones para su transferencia. Tan pronto como interroguemos adecuadamente, «mejor», preguntándonos para quién y para alcanzar cuáles objetivos, empezamos a ver que no se puede ser lo mejor para todos, a pesar de la naturaleza superlativa de la gramática. Sería aún peor si «mejor» resultara ser la elección promovida por la poderosa economía o cultura política que puede imponer su camino sobre otras culturas bajo la brillante etiqueta de ser «mejor». Hablar en superlativos se convierte con demasiada facilidad en hablar en absolutos.

Al escribir estos capítulos nuestras exigencias se sintieron como un tira y afloje. Nos vimos obligados a explicar y analizar algunas cosas nuevas, y no tener en cuenta enfoques más comunes de derecho ambiental corporativo. Los autores de este libro han sido empujados a preguntarse cuándo y si debe la ley, como institución humana, ser utilizada para ayudar a los humanos a mejorar su relación con el medio ambiente natural, de modo que esa relación sea al menos sostenible, y si es posible, agradable. En ese sentido, cuando los autores tienen éxito no solo proporcionan descripciones detalladas de regímenes jurídicos. Otro supuesto es que, si se tuviese que hacer una comparación de estos enfoques, uno podría ayudar a mejorar la relación humana con el medio ambiente. Y porque esa relación es también un sistema de interrelaciones a nivel mundial, la mejora de estas relaciones en una cultura a través del derecho también puede ayudar a la misma relación en otras culturas.

También evitamos tratar el derecho comparado como un ejercicio para establecer una tabla de la Liga Europea, pues ello inevitablemente concluiría en recomendar prácticas que otras culturas deberían adoptar. En primer lugar, no tomamos a la ligera la noción de comparativismo. Gran parte de la impracticabilidad de comparaciones puede ser expuesta a través de la pregunta de por qué se está haciendo la comparación, por qué se están comparando estos lugares, prácticas y pueblos seleccionados, y mediante que método entiende el autor o autora sus comparaciones.

En segundo lugar, como se mencionó anteriormente, hemos añadido a nuestro título la palabra «cultura», ya que incluimos en la comparación las perspectivas de los ciudadanos de los diversos Estados objeto de comparación. Desde nuestro pensamiento, el derecho no solo es de interés y preocupación para quienes lo ejercen y practican, sino para todos los ciudadanos que deseen tener acceso a la ley en el ejercicio de sus derechos, reconociendo sus responsabilidades tanto en su sociedad como en el contexto de otras sociedades.

En tercer lugar, reconocemos que el estudio y práctica del derecho contiene un elemento cultural y no puede conocerse únicamente a partir

del estudio de normas legales promulgadas por un órgano legislativo o normas administrativas que se derivan de ellas. Para entender cómo funciona el derecho ambiental en cualquier cultura particular, se requiere ver las leyes en la práctica, no solamente en teoría. Con ese fin, nuestros autores incluyen profesionales de todos los continentes y de por lo menos diez países diferentes, y han escrito no solamente desde la perspectiva del teórico racional, sino desde la experiencia de la práctica legal en cada una de sus culturas.

Se pueden leer los capítulos del libro en cualquier orden. Cada capítulo hace referencias explícitas a otros capítulos que le preceden y le siguen, por lo que habrá algunas conexiones para el lector selectivo que no lee de principio a fin. Mientras al menos diez Estados del mundo está representados por autores de este libro, nuestro objetivo no fue el enciclopedismo. Por el contrario, empezamos por preguntarnos cómo el derecho comparado podría beneficiar en la práctica a los estudiantes y profesionales que leen este libro. Por consiguiente, la primera parte está diseñada para abordar preguntas básicas sobre derecho comparado en general, no limitadas al derecho ambiental. Luego, nuestra estructura es en parte tradicional y en parte no tradicional. Con un enfoque cultural, podríamos haber empezado por las personas que están sujetas al derecho ambiental, dado que ellas son, en la práctica, la fuente teórica del poder, por haber creado el derecho ambiental. Sin embargo, en realidad presentamos estos temas jurídicos en su posición después del hecho; esto es, luego de haber transferido el poder jurídico al Estado, y sujetos ahora a su propia creación. Dicho esto, nos apartamos de tratar la posición teórica del texto como primaria y, en cambio, empezamos con las instituciones de la ley. Así, en la segunda parte, «Instituciones ambientales de legislación, implementación y resolución de conflictos», pasamos a considerar en primer lugar cómo pueden resolverse los problemas ambientales en un espectro de culturas mediante diversas instituciones, preguntando si las disputas se resuelven mejor en determinadas culturas a través de la planificación y organización, pero en otras mediante litigios. Ya se puede

leer en este primer paso que la manera en que analizamos el problema —en este caso el medio ambiente— indica un enfoque cultural particular a la ley. Tomamos el enfoque de que no existe un enfoque panjurídico del derecho comparado. Simplemente, al seleccionar el orden de los temas sugerimos que uno de ellos es la base y los otros son variaciones del mismo. Como una técnica sencilla para intentar que los estudiantes no queden atascados en el sesgo de su propia cultura, mi colega el profesor Heinz-Peter Mansel insiste en que los estudiantes empiecen sus estudios de derecho comparado con derecho que es ajeno al autor. Este principio es sencillo y eficaz, pues ilustra que solo el orden en que uno compara las cosas podría guiar nuestro pensamiento para resolver el problema. Evidentemente, empezando con las personas y no con las normas o textos, también podría exponer mis propias preferencias de herencia de derecho común.

Solo en la tercera parte llegamos a los temas más comunes, «Normas e instrumentos de legislación ambiental, su aplicación y resolución de conflictos», cuyo título necesita poca explicación para el lector. Y finalmente, en la cuarta parte tratamos el área que deja muy claro el énfasis sobre el concepto de la cultura jurídica, presentando «Personas sujetas a la legislación ambiental». Además, la versión en español de este libro amplía el capítulo 7 sobre la participación pública e incluye el *Bürgerbegehren* alemán (participación ciudadana) como un medio cada vez más importante para implementar medidas de protección climática. A lo largo de todos los capítulos hay una lección clara de todo el derecho comparado: ningún tipo o grado de aplicación puede superar la calidad de la implementación, que es posible cuando las personas sujetas a la ley lo entienden, y con comprensión, también la apoyan.

Kirk W. Junker
Colonia, diciembre de 2019

Primera parte
COMPARACIÓN

Capítulo 1

¿Por qué comparar? Las funciones biológicas, cognitivas y sociales de la comparación para el ser humano

Kirk W. Junker

La comparación es un acto tan natural para el ser humano que parecería no requerir de una investigación, reflexión ni discusión. Pero es precisamente por eso que sí se necesita de una investigación, una reflexión y discusión. La comparación está, en parte, programada en el animal humano, cuando, por ejemplo, ayuda en cuestiones la percepción visual de la profundidad, pero para los debates sobre el derecho, la comparación es, en gran medida, un conjunto de prácticas sociales aprendidas. Para practicar el derecho ambiental comparado de manera útil e inteligente a través de las culturas, hay que cuestionar y examinar las prácticas sociales aprendidas. Por ejemplo, las comparaciones podrían contener valores éticos ocultos y estos deben ser discutidos y seleccionados, hacerse explícitos y no permanecer implícitos o asumidos (Brown, 2002; 2013). Al llevar a cabo estos análisis, la teoría informa la práctica y la práctica informa la teoría.

Es difícil imaginar la existencia humana sin sus prácticas de comparación. Podemos empezar el análisis con la comparación física y luego considerar cuánta de esta comparación física determina o informa la comparación social y cultural.

1. Comparación física

La experiencia humana de la visión, por ejemplo, hace un uso considerable de la comparación. La visión estereoscópica es posible porque a medida que el animal humano evolucionó, nuestros ojos se desplazaron cada vez más hacia la parte delantera de la cabeza, creando así un campo de visión superpuesto. A medida que la nariz del primate se redujo progresivamente en tamaño a lo largo de millones de años, hubo un correspondiente aumento de las capacidades visuales. Todos [los primates] tienen una visión tipo binocular, con campos de visión que se superponen significativamente, lo que da lugar a una verdadera percepción de profundidad tridimensional (3-D) o visión estereoscópica. Al mismo tiempo, el campo de visión para una visión periférica se redujo. Los ojos humanos tienen un campo de visión superpuesto de aproximadamente 120º. Es solo en este campo que tenemos una visión estereoscópica (O'Neil, 1998).

El campo de visión superpuesto —es decir, la visión estereoscópica— nos permite percibir la profundidad. Al percibir diferentes profundidades, podemos comparar lo más cercano con lo más lejano y lo más grande con lo más pequeño. La comparación de distancia, habilitada por una visión estereoscópica, fue esencial para el cazador (Howard & Rogers, 2012). No debemos tampoco olvidar que, a pesar del aumento exponencial de la población desde la industrialización, la mayoría de los seres humanos que han vivido alguna vez han sido cazadores y recolectores (Hassan, 1981; Binford, 2001). «La percepción de profundidad es una herramienta invalorable para los animales que necesitan moverse rápidamente […] Una percepción precisa de la profundidad es una capacidad crítica de los cazadores, como los gatos y halcones, que necesitan juzgar con precisión las distancias en la persecución de sus presas» (O'Neil, 1998). Utilizando su visión estereoscópica, los primates han sido animales exitosos debido, en gran parte, al hecho de que son inteligentes y oportunistas para conseguir su alimento. Otros animales como los koalas y pandas gigantes

solamente pueden ingerir una variedad limitada de alimentos, práctica que restringe el lugar en el que pueden vivir. Así, se puede ver nuestra capacidad de comparar como una ventaja evolutiva.

No solo ha cambiado nuestra visión a lo largo del tiempo, sino también otras habilidades físicas. En el caso de comparaciones olfativas, la mayoría de los mamíferos tienen casi el mismo número de genes que codifican receptores olfativos en sus vías nasales. Sin embargo, la mayoría de estos genes en los humanos, y supuestamente en otros grandes primates, ya no son funcionales. Investigaciones recientes han demostrado que de los aproximadamente 1000 genes del receptor olfativo humano, solamente 347 se mantienen funcionales (Ibarra-Soria y otros, 2017). Los demás tienen mutaciones que los desactivan. Si comparamos la capacidad olfativa de los humanos con la de otros animales, encontramos que somos malos en la percepción de compuestos químicos de cadena corta, pero somos buenos para discriminar entre los de cadena larga, como los de muchos alimentos y flores. Comparativamente, los perros pueden detectar la presencia de algo con menos moléculas de la sustancia. Para nuestro trabajo en el derecho comparado, estos hechos sirven para recordarnos que cuando las bases físicas cambian, nuestras comparaciones físicas también cambian. No debiera sorprendernos que, dado que nuestras comparaciones culturales y sociales son habilidades construidas, nuestras necesidades y actitudes hacia comparación social cambien, al igual que nuestras capacidades físicas (ver Berger & Luckman, 1979). Estos ejemplos demuestran que las diferentes especies tienen diferentes habilidades físicas y por eso construyen comparaciones de forma diferente. Cuando se trata de diferentes valores culturales humanos, debemos entonces considerar que los humanos construyen comparaciones de forma diferente, a lo largo del tiempo y a través de las culturas.

2. Comparaciones culturales y sociales

2.1 En general

Hemos adaptado al mundo social nuestras prácticas cognitivas de comparación de habilidades físicas como la visión y el olfato. Tenemos evidencia en las lenguas antiguas y modernas de que nuestras habilidades físicas para comparar tienen influencia sobre nuestras nociones abstractas de comparación. El griego antiguo y el inglés y francés moderno utilizan una versión de «veo» para significar «comprendo»[1]. Por lo tanto, no es difícil comprender que pasamos de nuestras habilidades físicas y nuestras ventajas para comparar atributos hacia nuestras habilidades cognitivas de comparar atributos. Logramos la comparación abstracta a través del lenguaje. El lenguaje nos permite comparar el pasado con el presente, lo que no está en nuestra presencia con lo que está y lo imaginario con lo material (Harari, 2011, pp. 25-27). Sin embargo, para el derecho ambiental comparado debemos tener en cuenta el hecho de que el lenguaje también podría ser «…la primera tecnología de la humanidad para dejar el entorno ambiental con el fin de captarlo de nuevas maneras» (McLuhan, 2001, pp. 1911-1980, cit. en McLuhan, 2005, p. 14).

Un maestro del lenguaje, Octavio, Premio Nobel de Literatura 1980, demuestra de manera provocadora que los conceptos abstractos sí pueden ser comparados. Su habilidad de comparación desde fuera de la ley ayuda al lector a centrarse en la comparación, en lugar de en la ley misma, por lo que usaré sus observaciones para enmarcar ideas a lo largo de este capítulo. Como resultado de sus experiencias y estudios en la India, Paz sugirió que:

> Las diferencias entre el ascetismo indio y el cristiano están aún más marcadas que aquellas entre su erotismo. La palabra clave del erotismo occidental —me refiero al Occidente moderno, desde el

[1] Para un estudio comparativo entre los usos de *understand* y *verstehen*, en inglés y en alemán, ver Burke, 1945.

> siglo XVIII hasta el presente— es violación, que es una afirmación del orden moral y psicológico. Para los hindúes, la palabra clave es placer. De forma similar, en el ascetismo cristiano, el concepto central es la redención: en la India es *liberatio*. Las dos palabras abarcan ideas opuestas sobre este mundo y el otro, sobre el cuerpo y el alma. Ambas apuntan hacia lo que se ha llamado el «bien supremo», pero ahí termina la similitud: la redención y la liberación son caminos que parten desde el mismo punto —la condición miserable del hombre— pero se dirigen hacia direcciones opuestas (Paz, 1997, pp. 164-165)[2].

Al leer el trabajo de Paz en su traducción al inglés, uno queda generalmente impactado por la frecuencia con la que encuentra, o quiere encontrar, la manera de comparar a la India con México. El motivo es simple, fue el embajador de México en la India y está interpretando a la India para sus compatriotas mexicanos. Pero, aparte de esa coincidencia de su propia vida —desde el principio informa al lector que fue enviado a la India por su gobierno— ¿por qué hace tales comparaciones con México en un libro que es ostensiblemente para contarle al lector sobre la India? Cuando uno se encuentra «con el otro», ¿es inevitable una comparación? Si un ser humano es trasplantado a otra cultura, física o mentalmente, ¿puede él o ella hacer algo más que compararla con su hogar? Y, si así fuera, una vez que empezamos a comparar, ¿a dónde nos conduce la comparación? El crítico literario Kenneth Burke insistió en que toda comparación humana da lugar a la creación de jerarquías (1966, pp. 15-16). Según Burke, los humanos están «impulsados por un sentido de jerarquía» (1966, p. 16). Esta cuestión de la psicología humana no será analizada en este libro, pero debemos ser conscientes de los posibles riesgos cuando se realizan comparaciones de cualquier tipo, incluidas las que se hacen en el derecho ambiental comparado.

[2] La cita se ha traducido de la versión inglesa.

Si bien se puede contar una historia sencilla y convincente acerca de las ventajas de las habilidades físicas comparativas, debemos examinar si existen ventajas en las comparaciones culturales. Hasta las teorías más vanguardistas del derecho comparado pasan por alto —de forma literal, parecería que no vieran la práctica humana que están empleando— una discusión científica de la comparación en sí. ¿Qué se espera conseguir? Por un lado, uno quiere decir que el propósito de hacer una comparación jurídica no es crear una especie de lista de equipos de fútbol para argumentar sobre cuál es el mejor. Por otro lado, si uno se detiene en la simple descripción de lo básico, que es solo el primer paso del método funcional de derecho comparado propuesto por Zweigert y Kötz, llamado «exponiendo lo esencial», uno no ha ido lo suficientemente lejos ni proporcionado una comparación sino la base para una yuxtaposición. Aquí vemos el núcleo del problema de las presunciones.

Una lección aprendida del estudio de la comparación es que, aunque las presunciones de similitud o diferencia son capaces de identificar la materia que será comparada, estas son solo el comienzo del proceso de comparación. La mayoría de las comparaciones son difíciles, precisamente porque existen tanto diferencias como similitudes entre los fenómenos que se examinan y, por lo tanto, es necesario centrarse mucho más en los grados de diferencia y similitud, en lugar de simplemente identificar que estas existen[3]. Como ha señalado Mary Ann Glendon, profesora de Derecho de la Universidad de Harvard, cuando se trata de comparar en el derecho, «la mayoría de los casos que llegan a la Corte Suprema de los Estados Unidos implican la elección entre posiciones que se apoyan

[3] El principio de similitud y diferencia afirma que por dos cosas cualesquiera —materiales o abstractas— uno siempre puede encontrar una similitud o una diferencia y, por tanto, decir simplemente que las cosas son iguales o diferentes es una afirmación vacía. Esta afirmación apunta particularmente a conferencias académicas en las que los documentos presentados a menudo se limitan a decirle a la audiencia que dos cosas que parecían ser iguales, eran de hecho diferentes; o dos cosas que parecían ser diferentes, eran de hecho iguales (ver Stojkoski & Velkovska, 2018; Heidegger, 1969).

en argumentos morales y legales de peso y la Corte, por lo general, debe tomar decisiones que, en cualquier caso, implicarán un considerable costo individual y social» (Glendon, 2014, p. 1).

En otras palabras, todo debate sobre la posibilidad de proceder a partir de la presunción de similitud o diferencia es confuso. La mayoría de los casos, si no todos, son a la vez similares y diferentes por cuestiones de grado, y las decisiones deben ser razonadas sobre bases que van más allá de las simples similitudes o diferencias categóricas.

La evidencia del estudio de la comparación se encuentra desde hace al menos veinticuatro siglos en la tradición occidental. En efecto, Aristóteles trató la comparación (lo mayor y lo menor) como un *tópos koinós*, es decir, como un lugar o tema común, hacia el que los oradores gravitan cuando inventan argumentos, como los temas comunes de la relación, la circunstancia, el testimonio y la definición[4]. Aristóteles desarrolla sus categorías a partir de observaciones del comportamiento humano. Desde esta práctica de observación, hemos extendido el uso de la comparación a fenómenos sociales y culturales abstractos. Hemos ampliado con éxito nuestros objetos de estudio desde las prácticas sociales y culturales que permiten elegir entre los fenómenos físicos, hasta las prácticas sociales y culturales que permiten elegir entre los propios fenómenos sociales y culturales. Uno de estos fenómenos sociales y culturales es el derecho. Cabe preguntarse si estos conceptos de la comparación han sido aplicados alguna vez directamente al derecho. Hay fuertes indicios de que sí lo han sido.

[4] Los primeros retóricos Protágoras, Gorgias and Isócrates hicieron uso de los temas. Aristóteles le dedica una obra entera, Τοπικά (*Tópicos*), y caracteriza los «tópicos» en su Ρητορική (*Retórica*), 1403a 18-19. Cicerón adapta gran parte de la retórica de Aristóteles en su propia obra, *Topica* (iii. 13-17; ix.41-xi.46).

2.2. Prácticas comparativas hechas dentro de la ley

Antes de pasar a las comparaciones a través de las culturas jurídicas, cabe señalar la frecuencia con la que se usa la comparación dentro de una cultura jurídica. Los humanos aplican su habilidad social de comparación dentro de las prácticas del derecho. Según el historiador Harold Berman:

> La conceptualización de los términos jurídicos generales, al igual que la formulación de principios generales subyacentes a las normas jurídicas, estaba estrechamente relacionada no solo con el renovado interés por la filosofía griega, sino también con la evolución de la teología; ambos aspectos filosóficos y teológicos estaban estrechamente relacionados con los grandes cambios en la vida política, económica y social, que constituyó la «Revolución Papal» (Berman, 1983, p. 150).

Muchas de estas ideas, incluyendo las jurídicas recibidas en Europa de los romanos, pueden rastrearse a sus antepasados griegos: «Los argumentos sobre la comparación podían ser utilizados por los fiscales (en el Imperio romano de Cicerón) mostrando que nadie más que el acusado podría haber cometido el acto, "o al menos no tan fácilmente", mientras que la defensa argumentaría que el crimen también benefició a otros, o que otros también podrían haber cometido dicho acto» (Cicerón, 1964, pp. 2.3; 3.4-3.5; 4.6-4.8, cit. en Shapiro, 2001, p. 57).

Cuestión importante, esas prácticas romanas no terminaron con la caída del Imperio romano:

> Los juristas europeos que revivieron el estudio del derecho romano en los siglos XI y XII se propusieron sistematizar y armonizar la enorme cantidad de normas jurídicas romanas en términos tanto de principios como de conceptos generales, utilizando métodos similares a los que sus colegas teólogos empleaban para sistematizar y armonizar el Antiguo y el Nuevo Testamento, los escritos de los padres de la Iglesia y otros textos sagrados. Los juristas tomaron,

> como punto de partida, la idea de un concepto jurídico y, como principio, que el derecho es principista (Berman, 1983, p. 150).

En la construcción de los principios jurídicos generales, no solamente practicaron la comparación, sino que la convirtieron en el corazón de su recién establecida ciencia jurídica. En resumen, la historia demuestra que hemos aplicado nuestras habilidades físicas para comparar fenómenos sociales, incluso en el marco de las prácticas jurídicas. Además, desde la Ilustración, hemos tendido a cuantificar los grados de diferencia y tomar nuestras decisiones basados en números. Eso también podría ser una práctica comparativa útil, pero no todas las diferencias y similitudes de grado son cuantificables. En el derecho, a menudo, nos queda todavía la tarea de elegir si es que las cualidades difieren y cuándo difieren, y defender nuestras decisiones.

3. De temas comparativos a culturas legales comparativas

Este capítulo está enfocado en responder a las preguntas ¿por qué comparar?, ¿qué fuerza normativa sugeriría que, si algo funciona bien como herramienta legal en Chile para los chilenos o Australia para los australianos, podría o debería ser adoptada, por ejemplo, por los nigerianos en Nigeria? Hay muchos niveles a explorar para responder a esta pregunta. En términos mecanicistas, se pueden buscar marcadores similares entre los pueblos y así concluir que la norma o práctica es transferible. Se puede también ser un colonizador y afirmar que la práctica o norma que se toma prestada es, de alguna manera, superior en sí misma y que todos los humanos deberían usarla. Este segundo enfoque es peligroso. Podría ser tan inocente como una abstracción filosófica bien intencionada o tan depredador como una medida globalizadora que tiene como su objetivo real extender la influencia legal del Estado globalizador a otros Estados, sin otra razón que la de expandir los mercados a través de las normas y las culturas.

En una evaluación del estilo de redacción de los dictámenes judiciales, sir Konrad Schiemann, ex juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y ex juez del Alto Tribunal de Inglaterra, llegó a una conclusión sutil pero científicamente importante. Schiemann comparó la redacción de sentencias en Inglaterra con las del TJUE, utilizando el criterio de estilo en sus argumentos y explicaciones. Sin embargo, al final, su comparación llegó a una conclusión basada no solo en el estilo como un marcador aislado, sino en el propósito social relativo al propósito declarado del tribunal. A partir de esa evaluación, su refrescante conclusión fue: «me parece que las prácticas del TJUE tienen ventaja sobre las prácticas inglesas, en cualquier caso, para la función que este tribunal tiene que cumplir. Tengo la sensación de que hay un intento genuino por llegar a la mejor solución posible a la que las mentes del tribunal pueden llegar» (Schiemann, 2005, IV, p. 747).

¿Dónde se posicionan el o la comparativista de tal forma que puedan realizar la comparación? Con demasiada frecuencia, lo que se etiqueta como derecho comparado es, más bien, un debate sobre el derecho extranjero, que carece de cualquier elemento crítico o autorreflexivo de comparación. Aunque la práctica de la comparación ha estado entre nosotros por largo tiempo, es casi siempre silenciosa con respecto a la naturaleza y el funcionamiento del propio acto de comparar. Por ejemplo, mi propia evaluación de muchos académicos reconocidos actualmente en ejercicio descubrió que sus instituciones registran sus áreas de investigación como incluyendo el derecho comparado pero una revisión de los títulos que publican indica que poco se habla de la comparación propiamente. Al contrario, los títulos parecen indicar que el académico es activo en por lo menos un idioma extranjero y uno o más sistemas jurídicos extranjeros que practican el derecho en esa lengua, pero en ningún lugar estos títulos hablan de la comparación *per se*. John Henry Merryman ha señalado que el estudio del derecho extranjero es lo que «la mayoría de comparativistas hacen de hecho la mayor parte del tiempo»

(Reimann, 2002, cit. en Merryman, 1999)[5]. En consecuencia, el académico explica el sistema jurídico A que se practica en la lengua A^i a su público nativo de la cultura B, trabajando en la lengua B^i sin una explicación de las dos interpretaciones comparadas, siendo la primera de índole lingüístico y la segunda, cultural (Großfeld, 2005). Si bien una comparación podría empezar sin enfocarse en su proceso, al poco tiempo una yuxtaposición acrítica empleará consciente o inconscientemente una teoría comparada como formalismo o funcionalismo. En resumen, el estudio de cualquier sistema jurídico extranjero no es el mismo proceso que el estudio del sistema propio. Ese estudio mejora considerablemente si uno es consciente de las diferencias de un enfoque cultural dentro del sistema jurídico extranjero antes de realizar la comparación.

En ese sentido, el académico en Alemania puede conocer el idioma ruso, haber conducido investigaciones en Rusia o haber estudiado en Rusia y, por lo tanto, puede ofrecer una descripción útil de derecho ruso a un público alemán. Pero si ese mismo académico no ha explicado y empleado una teoría o al menos un modelo de comparación, entonces él o ella pueden emitir observaciones sobre el derecho ruso, dejando el trabajo comparativo al público alemán sin ninguna orientación, instrucción o conocimiento sobre el tema.

El resultado de pasar por alto la naturaleza de la comparación es suponer que existe una forma «natural» correcta de comparar. Sería más preciso y útil mantener separada una categoría de estudios con el nombre de «derecho extranjero» en el que las personas formadas en una tradición e idioma cumplen con la importante función de informar sobre otras tradiciones y lenguas a personas a quienes estas les son foráneas. Aun así, el experto en derecho extranjero tendrá que traducir la cultura y la lengua para su público nativo, aunque diferirá del derecho comparado, ya que ser

[5] En la misma nota, Reimann indica que «revisando los volúmenes del *American Journal of Comparative Law*, uno rápidamente reconoce que casi invariablemente, los artículos sobre derecho extranjero superan en número (a menudo por gran margen) a aquellos que comparan explícitamente dos o más sistemas».

un académico de derecho extranjero significa una entrega unidireccional de otro sistema. El derecho comparado no debería ser tan parroquial en su construcción interpretativa unidireccional. En su tratamiento canónico del derecho comparado, Konrad Zweigert y Hein Kötz han coincidido en que «el mero estudio del derecho extranjero no llega a ser derecho comparado» (Zweigert & Kötz, 1998, p. 6)[6]. Lamentablemente, gran parte de la literatura ha dejado de prestarle atención a esto.

Tal vez la distinción entre el derecho extranjero y el derecho comparado sea borrosa porque cualquiera que esté estudiando algo que él o ella llamarían «extranjero» debe estar haciéndolo desde su propio sistema jurídico. Aunque el autor de tal estudio no refiera explícitamente a una comparación, por supuesto que está haciendo una comparación. Cuando se estudia un sistema legal extranjero, no podemos evitar hacer una comparación con el nuestro, como mínimo. Pero es importante ser conscientes de que estamos comparando. Un estudio exitoso del derecho comparado debe tomar las comparaciones a conciencia y no actuar como si fueran fijas y no negociables. Nuestra practica del derecho comparado mejoraría si las anotaciones al margen fueran explícitas y llevadas al núcleo de la obra por el autor, en lugar de ignorarlas o dejarlas a la búsqueda de parte del lector o el crítico.

4. Comparar a través del espacio y el tiempo

En la Exposición Universal de París de 1900, el Congreso Internacional de Derecho Comparado introdujo el derecho comparado en la forma en que lo conocemos hoy en día. El espíritu de aquella época era el «progreso». El objetivo del Congreso, según el reportero Edouard Lambert, era el *droit commun de l'humanité*. Continuó con la descripción de lo que parece haber sido un noble objetivo: «El derecho comparado

[6] Matthias Reimann nota que ciertamente, «estudios legales foráneos» (*Auslandsrechtskunde*) sería un término más preciso (Reimann, 2002, p. 675).

debe resolver las diferencias accidentales y divisorias en las leyes de los pueblos en etapas similares de desarrollo cultural y económico y reducir el número de divergencias en el derecho, atribuibles no a las cualidades políticas, morales o sociales de las diferentes naciones sino al accidente histórico o circunstancias temporales o contingentes» (Zweigert & Kötz, 1998, p. 61)[7].

Es así que, en el apogeo de la historia de amor del mundo con el progreso industrial, Edouard Lambert y los demás participantes en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de París pensaron que no solo era posible destilar un sistema jurídico privado universal a partir de la comparación de sistemas legales ya existentes, sino que era deseable hacerlo. Dos guerras mundiales, una guerra fría y una descolonización sustancial, seguidas por la globalización, han cambiado en cada paso estos objetivos para el derecho comparado.

A mediados del siglo XX, se había desarrollado y mapeado una lista de razones de por qué uno podría comparar sistemas jurídicos o familias jurídicas[8]. Resumiendo, Günter Frankenberg afirmó que «los objetivos fundamentales del derecho comparado son la reforma y mejora de las leyes, promover la justicia y mejorar las condiciones de la humanidad» (Frankenberg, 2017, pp. 411-413, cit. en Zweigert & Kötz, 1998, pp. 12-14, 19-23; Tunc, 1964; Stone, 1951, p. 325; David, 1950; Yntema, 1958, p. 493). A finales del siglo, Mathias Reimann renovó la lista de razones por las que comparamos a algunos de los mismos autores a los que se podría considerar los referentes del derecho comparado

[7] Nótese que el Congreso buscó una meta similar en el año 1900 a la que el autor de *Liber Augustalis* hizo en el año 1231, «para resolver diferencias».

[8] Los comparativistas David René y John E. C. Breierly resumieron las razones de la siguiente manera: la utilidad actual del derecho comparado puede ser analizada bajo tres aspectos: es útil en la investigación jurídica histórica y filosófica; es importante con la finalidad de entender mejor y mejorar la legislación nacional; ayuda a promover el entendimiento de los pueblos extranjeros y, por lo tanto, contribuye a la creación de un contexto favorable para el desarrollo de las relaciones internacionales (René & Brierly, 1978, cit. en Frankenberg, 2017, pp. 411, 418).

norteamericano y europeo: René David, Mary Ann Glendon, John Henry Merryman, Max Rheinstein, Rudolph B. Schlesinger, Konrad Zweigert y Hein Kötz. Estas razones son:

- Los modelos extranjeros pueden mejorar la legislación nacional.
- La práctica del derecho comparado promueve la unificación internacional o, al menos, la armonización.
- El estudio y la práctica del derecho comparado revelan el núcleo común de todo derecho.
- El estudio del derecho comparado enseña los conocimientos básicos de la práctica de derecho internacional.
- El estudio del derecho comparado ofrece una visión general del derecho a escala mundial, presentando al estudiante a las familias jurídicas más importantes o, al menos, ofrece conocimientos sobre familias jurídicas extranjeras.
- El estudio de derecho extranjero familiariza a los estudiantes con las normas, conceptos y enfoques extranjeros y, por consiguiente, facilita la comunicación con abogados extranjeros.
- Al hacer que los estudiantes comparen el derecho extranjero con el propio, se les obliga a ser críticos de su propio sistema.
- El estudio del derecho comparado ayuda a los estudiantes a entender el derecho como un fenómeno general y su contingencia en la historia, la sociedad, la política y la economía. Al ofrecer perspectivas críticas y explicar las alternativas, el estudio y la práctica de derecho comparado fomentan la tolerancia hacia otras culturas jurídicas y, así, se superan las actitudes parroquiales (Reimann, 1966, XI, p. 49).

Cabe señalar que la lista anterior no menciona la práctica diaria de los abogados. Hoy en día, los abogados en muchos países se encuentran a menudo en la necesidad de servir los intereses de sus clientes en el

extranjero. Mínimamente, estos abogados en ejercicio no pueden proceder bajo la ingenua noción de que otro sistema jurídico es una proyección del suyo, simplemente expresado en un idioma diferente. Por lo tanto, el derecho comparado no es un lujo, sino una necesidad. Por ejemplo, en una ocasión me pidieron que aportara una opinión experta sobre la legislación de los Estados Unidos ante un tribunal alemán, en un caso relativo a las ramificaciones fiscales de una reestructuración corporativa de acuerdo con el derecho corporativo de los Estados Unidos de América. Les expliqué que la caracterización sería una cuestión de interpretación del código tributario federal y no de la ley estatal bajo la que se constituyó la empresa matriz. Sin embargo, en Alemania la misma cuestión sería un tema para el derecho corporativo. Una de las partes insistió ante el tribunal que debía explicar la caracterización como una cuestión de derecho corporativo, no como una cuestión de derecho tributario. No era un problema de traducción lingüística, sino de traducción cultural. La parte no podía entender que el mismo problema se resolvería a través del código tributario en los Estados Unidos y no a través del derecho corporativo.

En otra ocasión, un tribunal alemán me pidió una opinión como experto sobre la custodia de los hijos, de acuerdo con la ley estadual de los Estados Unidos de Norteamérica. Presenté las posibilidades, basadas en la norma y las interpretaciones previas de la misma, de cómo sería resuelto el asunto por el tribunal del estado. El tribunal alemán dijo que eso era insuficiente para constituir una opinión especializada. Según la corte, como experto, tenía que brindar una respuesta definitiva, no posibilidades. Les expliqué que los informes de expertos, según mi cultura jurídica, no son la respuesta definitiva —lo es más bien la interpretación del juez— pero en las palabras del juez Oliver Wendell Holmes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los informes de los expertos son la ley. «Las profecías sobre lo que harán los tribunales y, nada más pretencioso que eso, son lo que entiendo por la ley» (Holmes, 1897, p. 457). Nuevamente, no hubo ningún problema de

traducción lingüística, pero sí luchamos con una traducción de la cultura jurídica.

5. Conclusiones

Durante el siglo poco más o menos en que se ha investigado y practicado el derecho comparado como tal, nuestros objetivos y teorías han cambiado. El optimismo de ese propósito se erosionó con el paso del tiempo durante el cual no se produjo un sistema mundial, afectado por la discordia de dos guerras mundiales, una larga guerra fría, la colonización y la globalización[9]. Sin embargo, algunos no se han visto perturbados por estos eventos históricos. Pierre Lepaulle, el abogado del tribunal francés convertido en profesor de Harvard, afirmó en *Harvard Law Review* de 1922, que la Gran Guerra fue evidencia de una necesidad aún mayor por el derecho comparado, ya que «las divergencias en las leyes causan divergencias que poco a poco generan, inconscientemente, malentendidos y conflictos entre las naciones, terminando en sangre y desolación» (Lepaulle, 1922, pp. 838, 857). Después de la Segunda Guerra Mundial, el Mercado Común Europeo fue establecido mediante actos jurídicos de los tratados respectivos con el fin de evitar una tercera guerra. Con cada «crisis» nueva en la UE, le preguntaron a José Manuel Barroso, expresidente de la Comisión Europea, si la UE había sido exitosa. Respondió, sin dudar, que sí y rápidamente continuó diciendo que Europa no había iniciado otra guerra desde la creación de la UE. La Organización para la Unidad Africana, seguida por la Unión Africana

[9] Aunque cabe señalar que tan recientemente como en 1989 el físico Werner Heisenberg escribió que si vemos alrededor de la historia las grandes capacidades que poseen las sociedades humanas, junto a los primitivos sentimientos de las mismas razas que ya prevalecen en el reino animal, está el lenguaje compartido. Además de estos puntos fuertes, aún quedan dos más, que pueden hasta unir a los pueblos de distintas razas y lenguas: una fe común y, el más fuerte que todos, una ley común (Heisenberg, 1990, p. 152).

y ahora el nacimiento de la Comunidad del África Occidental, no solo han descolonizado sustancialmente al África, sino que, explícitamente refiriéndose a la UE, trabajan hacía una armonización jurídica para reducir los conflictos. Tal vez se podría hacer una afirmación similar, aunque menor, sobre las Naciones Unidas. Ambos ejemplos reflejan el argumento de Lepaulle: cuando las culturas están en diálogo a través de algún medio institucionalizado, son menos propensas al conflicto.

Capítulo 2

Una taxonomía de la comparación: *accessus ad auctores*

Kirk W. Junker

Las disciplinas de las ciencias sociales utilizan la comparación y han establecido una literatura, política, filosofía y medicina comparadas, así como el estudio comparativo de los medios de comunicación y la arquitectura. En las disciplinas de las ciencias naturales no encontramos, por ejemplo, la física o química comparada, y esto aporta un punto importante para el derecho comparado. La física y la química trabajan desde el principio fundamental de que el comportamiento humano es irrelevante para las verdades conocidas a través de estas disciplinas. En un momento dado, el intento por hacer derecho comparado entre dos culturas partió de un principio común fundamental: que algunos valores o nociones de justicia eran de alguna manera «naturales» a todas las sociedades y que el derecho comparado podía partir de esta premisa. Los positivistas estarían en desacuerdo, insistiendo en que cualquier sistema jurídico está hecho sobre los valores culturales en los que se encuentra. Una tercera posición podría suponer que, en realidad, hay algo común a varias culturas, pero solo en tanto estamos de acuerdo en que así es. En lugar de argumentar el valor de la verdad de una u otra, proponemos que uno simplemente debe dejar en claro a partir de qué posición está procediendo a la comparación.

Partiendo de esta tercera posición, son posibles dos tipos de comparaciones. En el tipo I, el jurista compara culturas legales ambientales que no tienen un vínculo jurídico común, tal como un convenio o una legislación común. Por lo tanto, mientras se tiene una gran flexibilidad para elegir las comparaciones tipo II, se enfrenta el reto de establecer la perspectiva desde la cual uno puede abordar cualquiera de las culturas. En consecuencia, la pregunta de por qué se estaría comparando estas dos culturas de derecho ambiental debe ser explícita.

En las comparaciones tipo II, existe de hecho un vínculo jurídico común con las dos o más culturas jurídicas que están siendo comparadas, como el Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas, o la legislación común como la directiva 2008/50/EC del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la calidad de aire. Por lo tanto, si bien uno está limitado a considerar las culturas dentro de ese vínculo, queda exento de la tarea de justificar la razón por la cual se han elegido estas culturas, pudiendo así hacer una comparación útil y bien fundamentada basada en el convenio y la legislación que las unen. En capítulos posteriores se hablará más sobre estos dos tipos según su aplicación.

Como vimos en el capítulo 1, Aristóteles propuso una variedad de formas en las que se podía realizar una comparación y sabemos que la cultura griega tuvo influencia en la cultura jurídica europea. Sin embargo, para la práctica jurídica presente, necesitamos algo más concreto para poder aplicar la comparación a dichas prácticas. Se puede observar el papel de la comparación de manera abstracta y luego el papel de la comparación dentro de prácticas jurídicas específicas. Hay muchas formas de utilizar la comparación dentro de la ley, pero no para comparar una cultura o un Estado con otro. Eventualmente, se llega al propio derecho comparado. Si el derecho comparado se practica con propósito, organización y método —«científicamente»—, uno se enfrenta con algunos desafíos de pensamiento básico que también se utilizan en otras disciplinas. Por ejemplo, si se alega que un médico ha sido negligente, a

menudo se le juzga comparando lo que hubiera hecho otro médico en la misma comunidad y en la misma situación.

Y con el derecho, ¿qué constituye el trabajo comparativo? Tras completar un estudio sobre la literatura del derecho comparado, Mathias Reimann concluyó que «El problema es que los libros, artículos, ideas y críticas no llegan a una suma mayor que sus partes. En cambio, constituyen un popurrí de elementos dispares que coexisten uno al lado del otro, pero pocas veces se relacionan con temas generales» (2002, pp. 675, 686).

«Pero los estudios comparativos son más valiosos —y también más interesantes— cuando se utilizan para responder a preguntas. Por supuesto que la naturaleza de las preguntas depende de los intereses del estudiante» (Bracey, 2006, p. 5). A medida que la experiencia humana del espacio se comprime, el derecho comparado del futuro podría estar mucho más interesado por las comparaciones de tiempo que de espacio. Para ayudarnos a enfocarnos en la comparación, podemos comenzar por observar cuándo y por qué surgió el derecho comparado como disciplina independiente.

Como una simple herramienta heurística para organizar nuestra búsqueda metódicamente, se puede volver a la muy desarrollada práctica de interpretación en antiguo Occidente, que se remonta a la exégesis de epopeyas homéricas y que los griegos utilizaban tanto para oráculos, sueños, mitos y obras filosóficas y poéticas, como para las leyes y los contratos. Utilizo la palabra «volver» porque el *accessus* también era utilizado por los antiguos, para analizar muchos tipos de textos, incluyendo los textos jurídicos (ver Quain, 1945; Copeland, 2014).

La práctica es la hermenéutica. Según Mantzavinos, esta práctica se trasladó a la Edad Media, época que conocemos a través de sus términos en latín, cuando «la característica más notable de la praxis interpretativa era el llamado *accessus ad auctores*» (Mantzavinos, 2016). Hubo muchas versiones de *accessus*, pero una de las más utilizadas fue la siguiente

tipología de siete preguntas. He reorganizado el orden para satisfacer las necesidades del texto actual:

- ¿Por qué (se escribió el texto) (*cur/causa*)?
- ¿Quién (es el autor) (*quis/persona)?*
- ¿Cuál es el tema del texto (*quid/materia*)?
- ¿Cuándo fue escrito o publicado el texto (*quando/ tempus*)?
- ¿Dónde fue escrito o publicado el texto (*ubi/ loco*)?
- ¿Mediante qué medios fue escrito o publicado el texto (*quibus faculatibus/facultas*)?
- Cómo se compuso el texto (*quomodo/modus*)?

Al igual que la hermenéutica en general, el *accessus* nos proporciona un método concreto probado en el tiempo.

1. ¿Por qué comparar y quién debe compararse?

La pregunta de por qué se compara ha sido ya abordada en el capítulo 1. Aquí podemos dirigirnos directamente al segundo punto en el *accessus*: ¿Quién? A la hora de considerar a quién comparar en varias familias jurídicas o sistemas, las opciones obvias serían los especialistas en derecho: abogados, jueces, fiscales y, tal vez, agentes de la policía. El supuesto que sustenta dicha lista es que el conocimiento especializado define al abogado. Pero la diferencia entre el ciudadano y el abogado no se limita a la especialización de los conocimientos. Por ejemplo, en los litigios de seguros, el representante de seguros que trabaja a diario con la ley de seguros puede conocer esta ley tan bien o mejor que el abogado, al igual que otras personas que no son abogados y están en contacto regular con otras áreas de este proceso legal. A diferencia de otras disciplinas en las que uno se define como miembro basándose exclusivamente en conocimientos especializados, la ley autoriza solo a una persona —el abogado— a representar y vincular los derechos y responsabilidades

de otra persona. Este «derecho a la representación» que ejerce un abogado en los tribunales del Estado en nombre de otra persona es la característica que define a un abogado, no sus conocimientos especializados. Para contextualizar, uno puede considerar este fenómeno en el contexto del legislador. En muchos de los sistemas jurídicos del mundo no se requiere ser abogado para ser un legislador. Sin embargo, ¿se podría decir que un legislador no es un actor jurídico?

Gran parte del discurso actual sobre derecho comparado se centra en las cosas que comparamos y, en el marco de ese discurso, la lista se limita demasiado a las fuentes del derecho (constituciones, estatutos, reglamentos y decisiones judiciales) e instituciones asociadas. En el estudio faltan los actores jurídicos más allá del abogado. Los ciudadanos también son actores jurídicos, y desempeñan la función jurídica (no política) esencial de aceptar y, por lo tanto, legitimar el sistema jurídico. Los ciudadanos deben de aceptar tanto su propia ley como la ley extranjera, con el fin de que cualquiera de ellas sea practicada y legitimada. Por ejemplo, en un debate reciente con un desarrollador de software de un país X, el desarrollador mencionó que tenía una idea nueva que quería llevar al mercado, pero había obstáculos. Le pregunté cuáles eran los obstáculos y dijo que, en primer lugar, no sabía a quién sobornar. Hablaba en serio. Mientras que esta historia es solo anecdótica, indica una parte importante pero poco debatida de la práctica del derecho comparado. ¿Cuál es la recepción del derecho en el país de interés? La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) hace esfuerzos para luchar contra el soborno y la corrupción y mantenerse al tanto de lo que es medible[1], pero para el asesoramiento jurídico no hay nada que sustituya a la información interna sobre la aceptación y recepción de la ley.

En otro ejemplo, una colega informó que mientras trabajaba en el país Y, le contaba a sus compañeros de trabajo que su esposo era un juez en los Estados Unidos, pero que ellos no se dejaron impresionar

[1] OECD, *Bribery and Corruption*. www.oecd.org/corruption/

y demostraron negatividad con respecto a la profesión. Después de un tiempo se enteró de que en el país Y es conocido que todos los jueces son funcionarios estatales corruptos y por ello no son respetados y se desconfía de ellos. La colega no se dio cuenta de que se faltaba el respeto a los jueces en el país Y, y sus colegas nuevos en el país Y no sabían que los jueces en Estados Unidos sí son respetados.

En otro caso, un especialista en derecho constitucional en el país Z, al considerar el papel del Estado en asuntos legales de los pueblos, opinó que para la mayoría de los ciudadanos rurales del país Z, la noción de que los tribunales estatales son las instituciones culturales adecuadas para resolver los conflictos se considera como ajena: es mucho más frecuente consultar a un anciano local.

Todo lo anterior se aplica a la práctica jurídica. Cuando se trata del estudio del derecho, otra persona a tener en cuenta sería el autor. Dado que no es posible hacer la comparación desde una posición de observador neutral, sigue siendo una tarea del derecho comparado incluir científicamente la propia subjetividad. Para ilustrarlo, se puede considerar un ejemplo común de organización comparativa con un menú indio. «¿Veg o no veg?», pregunta el camarero indio en referencia a los distintos menús disponibles[2]. Como comparativistas, ya podemos hacer importantes observaciones, empezando por examinar la posición base del asunto, el autor del menú. ¿Qué es lo que el autor considera «normal?» La pregunta del camarero empezó con «veg(etariano)», implicando que es la posición de partida. Luego se puede observar que el propio menú impreso no comienza con una etiqueta que diga «vegetariano», sino va directo a una lista de platos, lo que implica que ese es el punto de partida normal. Tal vez no hay nada con carne o pescado en este menú, puede ser que esté bajo una categoría en segundo plano llamada «no vegetariano».

[2] Para completar mi investigación, también debo señalar que estoy asumiendo que el menú indio es «ajeno» al lector, de tal manera que habría un impacto sobre el lector al considerar lo vegetariano como la posición de partida normal.

Nuevamente podemos hacer dos observaciones importantes: ¿por qué la carne está en segundo plano y por qué se describe como «no vegetal» y no como «carne»? De la primera podemos deducir que hay pocas personas interesadas en la carne. Más revelador es el etiquetado de la carne o al pescado como «no vegetal». Es una afirmación sorprendente sobre la primacía de los platos de vegetales; entendemos que la carne es «lo otro», en la medida en que ¡no es vegetal!

A partir de ahí surgen una serie de preguntas más sutiles sobre el significado de ciertos elementos del menú. ¿Podemos empezar a explicar o entender el significado a partir del uso, la definición o algo más? Así, por ejemplo, ¿debería el camarero explicarle al cliente que él considere extranjero, ¿cuándo y cómo se debe comer un plato en particular y con qué complementos? o ¿definir el plato detallando los ingredientes y cómo se cocinaron? ¿Debe hacer una suposición sobre su cliente extranjero cuando le explica si la comida es muy picante o poco picante?

A partir de estas simples comparaciones de selección de menús, nos vemos impulsados, por analogía, a considerar preguntas similares en el derecho. ¿Se debería comenzar una comparación jurídica estando posicionado en su país de origen o de alguna manera desde la perspectiva de un estado extranjero? ¿Qué es lo que uno compara: ¿las fuentes de derecho, las instituciones de derecho o algo más, como las personas sujetas a la ley? Si partimos desde las fuentes de derecho, ¿qué fuentes del derecho son primordiales? Si partimos de las instituciones de derecho, ¿qué instituciones son primordiales? Los puntos de partida marcan la diferencia (Großfeld, 2005). Las nociones inconscientes del hogar, la familia, la normalidad, lugar y familiaridad, sin autorreflexión, darán lugar a sesgos en la comparación. Una herramienta para trabajar contra estas tendencias sería comenzar la comparación con «el otro» y construir las comparaciones desde esa perspectiva[3]. En el caso del derecho

[3] Como recomienda el profesor Dr. Heinz-Peter Mansel cuando enseña derecho comparado privado en la Universidad de Colonia.

comparado, significa el comienzo de una comparación desde el punto de vista de un sistema «extranjero», reconociendo, por supuesto, que uno lo hace no como un conocedor de ese sistema, sino como un científico de la comparación.

2. ¿Qué hay que comparar?

Comparando a la India con su México natal, Octavio Paz escribió que «La escultura de la India es naturalista, como la de Grecia o Roma, y es el opuesto estético de la escultura del antiguo México, ese amante de las terribles abstracciones. Pero en sus artes folclóricas, las sensibilidades de México y la India convergen: fantasía, humor, colores brillantes, formas extrañas» (Paz & Weinberger, 1997, p. 138).

2.1. ¿Instituciones de *technê* o *epistêmê*?

En la mayoría de las culturas, para obtener un título y ejercer la abogacía hay que completar un largo y difícil programa de estudios, sobre todo en comparación con otras disciplinas. Como resultado, cuando una persona completa sus estudios de derecho, generalmente siente que ha alcanzado un logro académico. Pero lo que los juristas de hecho han aprendido del derecho es en realidad un conjunto de prácticas o lo que los antiguos griegos llamaban *technê,* en lugar de una comprensión abstracta o absoluta, conocida por los griegos como *epistêmê* (Junker, 2011).

2.2. Práctica

La manera más obvia de implementar lo que la educación y la formación jurídica tienen que ofrecer es a través de la práctica. A partir de la práctica y no de la educación y la formación, se puede desarrollar una sabiduría más abstracta. La teoría informa la práctica y la práctica informa a la teoría. Una sin la otra es una posición incompleta desde la que se teoriza el derecho o una posición incompleta desde la cual se ayuda a los clientes.

Por ejemplo, uno podría comparar el sistema alemán de educación y formación jurídica, que establece una clara división entre la educación que recibe un estudiante en el aula antes del primer examen estatal y las varias etapas de formación práctica que recibe un estudiante entre el primer y segundo examen estatal. En los Estados Unidos, durante los mismos años que un estudiante aprende en el aula, la Asociación Americana de Abogados (*American Bar Association*) exige que tenga una formación «experimental» fuera del aula.

2.3. Política

Hay problemas de connotación con los debates sobre la palabra «política» en el idioma inglés. Dada la cantidad de formas diferentes de utilizar «política», parece significar todo y, por tanto, nada. Por ejemplo, algunas personas intercambian «política» con «políticas». Pero no es la misma palabra y tampoco significa lo mismo. Para otros, «política» significa una lista de deseos anunciados por políticos, tal vez hasta reducida a la escritura, como un plan en un papel. Pero tales pronunciamientos no son más que deseos, esperanzas y teorías. ¿Por qué disfrazar un plan o una propuesta con la palabra «política»? Supuestamente, es utilizada intencionalmente para nublar la distinción entre lo que ya está hecho (pudiendo demostrar que se ha hecho) y lo que es solamente un deseo, un plan o una promesa. «Nuestra política debe ser eficiente en el uso de la energía» implica que debemos creer que será así en el futuro, porque ya ha sido el caso en el pasado. Si no ha sido el caso en el pasado, ¿por qué debemos esperar que sea el caso en el futuro? Tales promesas no merecen ser llamadas «política».

Sin embargo, existe la sensación en la que uno mira hacia atrás y no hacia delante, para decir lo que ha sido una «política» y no lo que uno desearía que fuera y, en este sentido, uno puede señalar hechos registrados y observables. En este sentido, la «política» es lo que se ha hecho, no lo que se ha prometido o se espera hacer. Un colega mío en

Irlanda me presentó un ejemplo señalando que, durante años, la política del gobierno irlandés era mantener en Irlanda a todos los trabajadores jóvenes más brillantes y graduados universitarios. Sin embargo, si se observaba la migración masiva de estos jóvenes, solo se podía concluir que la política no era mantenerlos en Irlanda.

Además, hasta cuando los debates de «política» se refieren hechos observables —es decir, la «ciencia» en la ciencia política— no son solamente debates de teoría política. Si observamos y registramos las prácticas pasadas, podemos afirmar que hemos observado una «política». Pero no tenemos ninguna razón para creer que los planes del futuro se harán realidad y sí muchas para creer que no se harán, así que el sentido de planificación de la «política» sigue siendo solo eso, planes. En otro nivel y con otro matiz, la «política» podría no solo significar un conjunto de prácticas pasadas observadas al azar, sino más bien un conjunto de actos de discreción observados por actores dentro de la ley, pero que no están obligados a hacerlos por ley. Un ejemplo sería el jefe de permisos de un programa estatal de calidad de aire. La ley estatutaria indica cuáles son los límites de las emisiones. El jefe debe revisar las solicitudes de permisos y expedir los permisos si cumplen con los criterios. Pero también debe asegurarse de que no se otorguen tantos permisos, ya que los excesos reducen la calidad del aire en general, aunque cada uno esté otorgado dentro de la ley. Su política es el registro de la cantidad y calidad de los límites impuestos en el permiso. No es su plan ni su deseo, sino el resumen de sus acciones de discreción registradas en el pasado y dentro de la ley, que puede ser descrito como su política. El tema más importante en tales situaciones es si el Estado puede mantener esta política cuando el mismo jefe reduce de pronto las limitaciones de emisiones en un nuevo permiso. ¿Puede el peticionante apelar y decir que puede basarse en los límites de permisos anteriores? Esa es una cuestión política, y no una conversación periodística sobre planes para el 2050. Parecería que la única forma en que se podría proceder con algún sentido político científico sería limitándola a las observaciones de actos de discreción pasados realizados

por actores con autoridad legal para implementarlos, pero sin obligación legal de hacerlo.

Uno desearía especular sobre el comportamiento futuro como una extrapolación del comportamiento pasado, pero dado que los actores implicados pueden usar su discreción en el significado que yo ofrezco, no hay garantía de que la discreción sea ejercida precisamente de la misma manera en el futuro, ni debería hacerlo. Las personas encargadas de tomar decisiones tienen derecho a ejercer su discreción por una presunta buena razón y no por la oportunidad de ocultar la injusticia, desigualdad o corrupción. Quienes implementan la ley no son programas informáticos que son ejecutados con un algoritmo matemático.

2.4. Costumbre

La meta del profesional es, por supuesto, comprender la práctica jurídica de un asunto determinado. Para ello, es necesario comprender las normas del derecho, tal vez expresadas en textos, pero también en prácticas extratextuales. Desde el punto de vista antropológico, todo derecho comienza en las prácticas consuetudinarias (Beru & Junker, 2018, p. 1). Algunos tienden a mantener el rol por costumbre, como lo hace la «familia legal» del derecho común y otros tienden a construir sistemas al margen de la costumbre que varían en la medida que ignoran la referencia explícita a sus bases consuetudinarias, como hace la familia del derecho civil. (Digo «tienden» pues las familias del siglo XXI nunca son total y exclusivamente una u otra.) Se han dado explicaciones sobre que aquellos que conservan las bases consuetudinarias están, por lo tanto, más respaldados por la cultura en la que operan, en lugar de considerar un derecho solo para abogados. Una función básica para cualquier sistema legal es resolver las controversias entre sus miembros. La antropología señala que solamente se necesita en realidad un sistema legal si el grupo de humanos supera los 150 (Harari, 2011). La investigación muestra que el tamaño común de un grupo de chimpancés unidos por el chisme es

alrededor de 150 individuos. El umbral en la organización humana se sitúa en torno al mismo número. Las comunidades, negocios, redes sociales y unidades militares pueden mantenerse debajo del umbral basados en amistades íntimas y el chisme. Por encima de ese número, son necesarios otros medios: rangos formales, títulos y libros de derecho (Harari, 2011, p. 30). Solo en el momento en que no hay suficiente capacidad de comunicación para que un líder tome decisiones directas en el grupo, otras personas deben establecer las normas, interpretarlas y hacerlas cumplir: en resumen, se requiere un sistema legal. Adicionalmente, exponemos una influencia europea cuando nos preocupamos en exceso por dividir el mundo claramente en jurisdicciones de derecho común y derecho civil, hasta cuando categorizamos otras jurisdicciones como una «combinación», si están solamente constituidas como una combinación de derecho común y de derecho civil.

2.5. Textos

Tomando en cuenta las críticas, el hecho es que, si queremos comparar las culturas jurídicas debe haber algo que estamos comparando; y para que la comparación sea útil e inteligente, las cosas comparadas deben ser de alguna manera justificadamente comparables. Gran parte de los trabajos de derecho comparado, comparan problemas y soluciones de derecho civil con problemas y soluciones de derecho común. Aquí también es posible un tipo de sesgo etnocéntrico jurídico. Debido a la estructura de los sistemas legales civiles, los civilistas podrían plantear que todo derecho debe ser capaz de ser un gran sistema unificador, no porque el derecho comparado pueda tener la capacidad de hacerlo posible, sino porque el derecho civil se comporta de esa forma. Como resultado, los civilistas podrían concluir que «Solo los sistemas continentales, con su tendencia a la abstracción y a la generalización, desarrollan grandes conceptos amplios, mientras que el derecho común, con sus hábitos inductivos y caso por caso, produce instituciones jurídicas de bajo nivel

especialmente adaptadas para resolver problemas concretos y aislados» (Frankenberg, 1985, pp. 440-441). Alternativamente, algunos autores compararían lo denominado «derecho convencional» (es decir, textos), concluyendo a partir de ahí que las culturas de derecho civil y derecho común son convergentes. La mezcla de los sistemas dentro de la Unión Europea contribuye a este fenómeno. «Sin embargo, cabe destacar que hoy en día las sentencias inglesas, debido a la incorporación del Derecho Comunitario y la Convención Europea de Derechos Humanos, utilizan tales conceptos abstractos (como principios, libertades y derechos) más que en el pasado» (Schieman, 2005, p. 742). Pero, si en lugar de comparar el derecho convencional se comparan las mentalidades de los abogados en ejercicio, como lo hace Pierre Legrand, se podría llegar a la conclusión de que no hay convergencia (Reimann, 2002, p. 690).

Incluso en el apogeo de los estudios jurídicos críticos y luego de una larga y convincente exposición de las debilidades del derecho comparado en la práctica, Günter Frankenberg concluyó que:

> El abandono de los estudios jurídicos comparados sería erróneo, ya que congelaría la tradición y condiciones actuales en un patrón eterno. Sería igualmente erróneo continuar con una comparación para salir del paso. Y revisando diversos enfoques y puntos destacados de *Comparative Law in Time and Space* de Pound, puedo deducir que no es solamente un proceso de comparación más complejo y extenso lo que se necesita. El derecho comparado nunca tuvo poco equipaje en el compartimiento superior. Hasta el día de hoy está atestado con ideas e ideas, con objetivos y reclamaciones (Frankenberg, 1985, p. 441).

Un estudio de la historia del derecho comparado arroja algunas tendencias de método. Y así, la historia del derecho comparado puede contarse como una historia de métodos de la ortodoxia, al margen de que fueran empleadas consciente o inconscientemente. Más allá de la razón por la que comparamos sistemas jurídicos en partes o en su totalidad, se debe proceder metódicamente a fin de comparar de una

manera inteligente. Paul Koschaker advirtió en 1935, que «el derecho comparado malo es peor que ninguno» (Großfeld, 2005, p. 14, cit. en Koschaker, 1936, pp. 145, 149, 150). Por ejemplo, el derecho comparado malo podría simplemente limitarse a comparar textos (generalmente en alguna lengua traducida, tal vez para ambos países).

> Los códigos y tratados en materia de la ley de la evidencia son, en el mejor de los casos, guías poco fiables. Superficialmente, las reglas de dos sistemas pueden parecer muy similares. Por ejemplo, algunos aspectos de los procedimientos holandeses tienen un parecido asombroso a las propuestas recientes para nuevos procedimientos en los tribunales escoceses. Sin embargo, podemos estar seguros de que, si se implementan las propuestas escocesas, los tribunales escoceses seguirían funcionando de forma muy diferente a los tribunales holandeses (Lever, 1999, cit. en Edwards, 1993, p. 44).

Para realizar comparaciones útiles e inteligentes en el derecho, hay que saber más que las palabras de los textos.

2.6. Recepción del derecho extranjero y nacional

Al considerar el tema jurídico, se debe considerar la aceptación o recepción de un sistema jurídico por parte de los sujetos, como un paso necesario hacia la legitimización del sistema. En una revisión de tres casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la profesora Mary Ann Glendon de la Facultad de Derecho de Harvard plantea las posiciones dispares de los jueces de la Corte Suprema Stephen Breyer y Antonin Scalia, sobre la recepción del derecho extranjero. Señala que el debate parece ser sobre la propiedad de normas extranjeras en la cultura jurídica estadounidense, pero en la práctica podría tener que ver mucho más con el balance de poderes entre los tribunales y los órganos legislativos. Señala que el juez Breyer tenía que haberse percatado del hecho de que las normas extranjeras fueron legisladas, y no opinadas por los tribunales, y que esa diferencia tenía importancia en cuanto a la implementación o punto de

partida de las normas extranjeras, como lo define el juez Breyer. También advierte que el derecho extranjero debe ser utilizado con gran atención al detalle sobre su propio funcionamiento, en lugar de trasponer supuestos del propio sistema particular. Se trata por supuesto de una crítica sólida. Podría ir más allá: los ciudadanos de las jurisdicciones de derecho civil no esperan interpretaciones autorizadas de la legislación por parte de sus jueces. Cuando buscan una interpretación, la buscan entre los académicos en ese campo. En su estudio sobre la recepción del derecho extranjero en la Corte Suprema de Estados Unidos, la profesora Glendon señala que el juez Breyer tenía que haber observado que las normas de los países extranjeros sobre las penas de muerte para menores de edad o actos homosexuales son determinadas por la vía legislativa y, además, hay que tener en cuenta que en países de derecho civil no habría que esperar una explicación de las normas por parte de los tribunales. Esta consideración sobre la recepción del derecho extranjero nos lleva también a considerar cuál es la actitud de una determinada sociedad de ciudadanos ante su propia ley, es decir, la recepción nacional del propio derecho.

3. ¿Cuándo? El derecho comparado tiene una historia

Octavio Paz comparaba épocas y no lugares cuando escribió: «Como se puede apreciar de estos pocos ejemplos, los poetas de la antigua India a pesar de siglos de diferencia en la lengua, las costumbres y las creencias son, en muchos aspectos, nuestros contemporáneos» (Paz & Weinberger, 1997, p. 161). La comparación jurídica puede ser útil a lo largo del tiempo en la misma cultura y a lo largo del tiempo en culturas diferentes. Además, el comparativista Paul Koschaker llegó a decir que la comparación jurídica no era posible y que solamente era posible la historia jurídica comparada (1936, p. 150). ¿Dónde ha estado el enfoque en el derecho comparado hasta ahora? Aunque fue con la Exposición Universal de París de 1900 cuando se reconoció el derecho comparado moderno en su actual forma disciplinaria y nombre, los profesionales

del derecho observaban fuera de sus propios sistemas desde mucho antes. Ya en los siglos XI y XII, registros históricos indican prácticas que hoy en día podríamos llamar de comparación. El historiador Harold Berman nos dice que en el Reino de Sicilia «los juristas observaban que en todos los diversos sistemas jurídicos examinados surgió la pregunta de que si alguien despojado de sus bienes por la fuerza tiene el derecho de recuperarlos por la fuerza» (1983, p. 153). James Powell, autor de *Liber Augustalis* (1231), una codificación de la ley, quedó:

> [...] conmovido por el espíritu del escolasticismo que informaba la vida intelectual de la época para resolver las diferencias dentro de la tradición legal existente en el *regno* y destilar su conocimiento jurídico y el de sus asociados, probablemente hombres prácticos de los tribunales, en un cuerpo legal unificado[4].

Sabemos que mucho tiempo después, William Fulbecke escribió *Parallele or Conference of the Civil Law, the Canon Law and the Common Law of this Realme of England* (1601-1602), que igual a *Institutiones Juris Anglicani* (1605) de John Cowell y *View of the Civile and Ecclesiastical Law* (1607) de Sir Thomas Ridley, comparaban y contrastaban los códigos rivales (Prest, 1972, pp. 146-147). William Lambarde en *Eirenarcha* 1614, recomendó que un magistrado o un juez tendría que «participar en la operación mental de "comparación", un acto que requiere el análisis de "si es que nadie más que él, o más cómodamente que él, podría cometerse al hecho"» (Shapiro, 2001, p. 65). Una vez que se estableció el derecho comparado como una disciplina, los abogados en ejercicio y académicos podían aplicarlo a las áreas individuales de la práctica jurídica. A partir de la aparición del derecho ambiental público

[4] Federico II (1971 [1231]). *The Liber Augustalis: or, Constitutions of Melfi, Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231*. Traducción de James Powell. Nueva York: Syracuse University Press, p. XXI. También cabe señalar que, al igual que en el derecho común, los conocimientos de los «hombres prácticos de los tribunales» formaban parte del cuerpo unificado del derecho siciliano.

alrededor de 1970, la disciplina moderna del derecho comparado ya con setenta años de antigüedad pudo ser aplicada al derecho ambiental.

4. ¿Dónde?

Especialmente desde que el mantra de «piensa globalmente, actúa localmente» entró en la escena en el pensamiento ambientalista, a menudo se habla y se lee sobre la función que desempeñan las comunidades locales o ciudades y los pueblos indígenas, nativos y originarios[5]. A pesar de estos debates, cuando se entra en el ámbito del derecho comparado, el debate suele volver a los Estados. Así que, en la primera pasada, respondiendo a la pregunta de qué comparamos en el derecho ambiental, la respuesta es a menudo a los «Estados». Pero incluso así hay que explicar a la audiencia por qué se comparan estos dos (o más) Estados entre las casi doscientas posibilidades. Aquí recordamos nuevamente el comentario de John Henry Merryman sobre que el estudio del derecho extranjero es, de hecho, lo que casi todos los comparativistas practican la mayor parte del tiempo. Matthias Reimann hace eco de esta observación:

> [...] fuera de un apretado núcleo, la mayoría de los que realizan trabajos comparados de un tipo u otro, ni siquiera piensan en sí mismos (principalmente) como abogados comparativistas si no, esencialmente, como especialistas sobre el Asia, académicos sobre legislación rusa, abogados constitucionalistas con intereses en la comparación, etc. (Reimann, 2002, p. 687).

La motivación para calificar esos casos bien podría ser algo personal, como cuando uno está casado con alguien de una cultura legal extranjera o tuvo la oportunidad de estudiar allí durante años y guarda esa cultura extranjera en su corazón. Estas son preguntas que solamente el propio autor o autora pueden responder, pero deben tener una respuesta. Y si

[5] Ver ICLEI, https://www.iclei.org/

es personal, el autor debe explicar al lector que los Estados fueron, al menos en parte, elegidos por razones personales y no exclusivamente debido a razones académicas o científicas. Solo así puede un lector, particularmente un principiante, no ser inducido a creer que un Estado particular tiene un papel especialmente importante que desempeñar en el derecho ambiental comparado. Si, en un día iluminado, el debate puede alejarse de los Estados y escuchar el llamado de —actuar a nivel local— uno podría de hecho comparar las provincias, regiones o ciudades como otras culturas jurídicas[6].

5. ¿Con qué medios?

Hoy en día, los periodistas a menudo suelen conocer o incluso emplear el *accesus ad auctores* como una lista rápida de verificación para investigar un reportaje de noticias. En el pasado, las reflexiones de los periodistas sobre los medios de comunicación podían haber sido una comparación de los medios impresos y medios de difusión. Esos debates trataban a los medios de comunicación como conductos para el mensaje sustancial. Luego en 1967, el académico canadiense y teórico de las comunicaciones Marshall McLuhan anunció, de forma provocativa, que el medio es el mensaje. Esa observación no era solo una etiqueta mimética para la época, sino que se convirtió en una visión profética en los medios sociales de hoy. La ausencia de periodistas licenciados capacitados, la ausencia de control estatal, la ausencia de una evaluación por pares y la ausencia de una revisión editorial y por parte del editor, todo ello unido por la facilidad ubicua con la que cualquier persona con acceso a internet puede publicitar una opinión indistinta de la ciencia basada en la evidencia, devuelve la producción de conocimientos —incluyendo conocimientos ambientales— a su naturaleza más primitiva.

[6] Ver el mismo trabajo de ICLEI, https://www.iclei.org/

6. ¿Cómo? el derecho comparado tiene métodos

Al igual que otras líneas de reflexión en este capítulo, la noción de cómo comparar puede ser rastreada históricamente. Lo que pudimos haber pensado alguna vez que era el mejor o más útil método de comparación ya no lo es y, para los que piensan y planifican anticipadamente, deberíamos darnos cuenta de que el método o métodos presentes no serían probablemente los mejores o más útiles en el futuro. En una ocasión el filósofo alemán Martin Heidegger expresó su preocupación por el hecho de que las preguntas más básicas del «qué», respondidas a través de estudios ontológicos, habían sido superadas por preguntas epistemológicas más simples sobre «cómo» (1997). La reclamación de Heidegger encuentra resonancia en el derecho estadounidense, donde se habla del «debido proceso legal sustantivo» como un concepto en el cual se considera que uno tiene la justicia sustantiva garantizada al término de un proceso.

El enfoque sobre el método consume gran parte de la atención del comparativista, aún en el caso de que él o ella estén practicando la comparación y no solo detallando un sistema jurídico extranjero. En consideración al hecho de que la capacidad humana y necesidad de comparar cambian de vez en cuando y de lugar en lugar, llegamos a la pregunta de cómo se conduce actualmente el derecho comparado. Una historia acumulada cuidadosamente de las escuelas de pensamiento en el derecho comparado no puede dar una respuesta a la pregunta, porque no hay rupturas limpias y completas a lo largo del tiempo entre los «ismos» (por ejemplo, formalismo o funcionalismo). Además de esto, pocos académicos y aún menos profesionales, se sitúan claramente en una sola escuela[7]. Sin embargo, algunas aproximaciones tanto en la historia como en los campos intelectuales son útiles. Para responder a

[7] La lista completa, según Frankenberg, incluiría el formalismo, el enciclopedismo, la reconstrucción histórica constructiva, la yuxtaposición-plus, el funcionalismo, el transnacionalismo e inmersión.

esta pregunta, sigue siendo importante señalar que, como disciplina, el derecho comparado no puede abordar su tema desde una posición neutral u omnipresente. Como mínimo, los juristas del derecho común abordan el derecho comparado de forma distinta a los juristas civiles, porque sus puntos de partida son diferentes.

Independientemente de los medios por los que se llegue a un método de comparación, hay que considerar seriamente la elección, ya que un estudiante o practicante fuera de una sociedad jurídica particular no puede estudiar el derecho de la misma manera que lo haría una persona dentro de esa sociedad. Aquí el aprendizaje de la lengua produce una buena analogía. Hasta la persona que no estudie la ley como especialista en derecho ha podido aprender los valores, las normas y los procedimientos de ese derecho a un determinado nivel, a partir de experiencias diarias en su cultura nativa. Algunas de las cosas que aprende alguien nativo a una cultura sobre su sistema legal, podría incluso ser considerado erróneo por los profesionales en el derecho. Sin embargo, si aprenden de forma generalizada en esa cultura, es una fuerza que forma expectativas culturales generales y no puede ser simplemente desestimada. En la comparación, aprendemos nuestra lengua materna por el uso y aprendemos el uso en un contexto de la cultura nativa hablada. Aprendemos idiomas adicionales a través de la mecánica metódica de la gramática, la sintaxis y el vocabulario, fuera del contexto cultural nativo. Por lo tanto, debemos ser cautelosos con las artificialidades mecánicas fuera de contexto cuando aprendemos culturas jurídicas adicionales y hacemos comparaciones.

Una forma de comparación débil es lo que resulta típico de las justificaciones de la colonización, comenzando con la suposición de que lo que ya hacemos es la norma mediante la cual se miden todos los demás y si alguna persona o cultura hace las cosas de manera diferente es, literalmente, «anormal». Esto parece ser más comúnmente aceptado entre los no comparativistas e incluso entre aquellos que no son ni comparativistas ni abogados, como el periodista de la televisión alemana que me telefoneó cuando Dominique Strauss-Kahn fue arrestado en

Nueva York y exigió saber por qué la ley «americana» permitió que se viera al Sr. Strauss-Kahn con esposas y por qué la ley «americana» permitió cámaras en la sala de audiencias[8]. Dijo que en la propia cultura del periodista ambos estaban prohibidos, así que para él, la prohibición de ambas situaciones era normal. «Las similitudes que surgen en el curso de tales comparaciones son imágenes reflejo de las categorías de la concepción del derecho en la propia cultura del comparativista. Las ambigüedades se eliminan o se ajustan para encajar en el modelo; por lo tanto, la ley del 'hogar' es posicionada como natural, normal y estándar» (Frankenberg, 1985, p. 423)[9].

La corrección de los prejuicios nativos es uno de los problemas más complejos de los estudios y la práctica del derecho comparado. ¿Pueden corregirse estos sesgos simplemente empleando el método correcto? Tal vez. Al criticar el estado actual del derecho comparado, Günter Frankenberg escribió:

> El comparativista enfoca su ámbito de investigación puramente como filósofo, historiador, sociólogo o experto legal; su función es simplemente recoger ítems interesantes, sistematizar, desarrollar o unificar el derecho y/o producir un cambio racional… Piden un enfoque metodológico objetivador o confían en que las colaboraciones internacionales corregirán los sesgos nacionales. Proponen modestamente reglas de la razón comparativa que, si

[8] En los Estados Unidos, el derecho penal sustantivo difiere en cada estado. Por tanto, mientras no viole la Constitución estadounidense, sigue siendo una cuestión de derecho estatal, no federal, a diferencia del federalismo centralizado alemán. En resumen, no existe un único derecho penal estadounidense.

[9] En el espíritu del pariente de los estudios jurídicos críticos, postmodernismo, se puede volver esta crítica contra Frankenberg y señalar que él también está demasiado unido con el derecho civil continental cuando afirma «Para encontrar, comparar y evaluar estos efectos, el comparativista tiene que ir y venir entre los textos y su aplicación». Tal caracterización del derecho omite tanto el derecho consuetudinario como la tradición oral, y supone que, en su base, el derecho es un texto.

> son seguidas por todos los comparativistas, podrían controlar la subjetividad (Frankenberg, 1985, pp. 424-425)[10].

El uso de *accessus ad auctores*, empleado hasta ahora en este capítulo, es un principio organizador que se alinea con las funciones de varios aspectos de la comparación. Hay por supuesto alternativas como el formalismo, el enciclopedismo, el transnacionalismo y la inmersión.

6.1. El formalismo

El formalismo en la legislación nacional proviene de sentir que los principios del derecho pueden ser aplicados como fórmulas matemáticas a los hechos para determinar la justa resolución de los conflictos o las disputas. Por lo tanto, extender el formalismo al derecho comparado se convierte en un problema, ya que implica el uso del propio sistema nacional como la forma a la que deben conformarse otros sistemas. Un primer intento para corregir la tendencia de estandarizar sus propias normas fue la práctica del formalismo. Dado que el formalismo fue una tendencia en otras disciplinas en su momento, no debería sorprender si uno pudiera trazar un hilo del método formalista en el derecho comparado remontándose a principios del siglo XX (Schauer, 1988, pp. 18-58). «El formalismo propone una concepción estrecha del derecho que, en una perspectiva comparada, se informa de la cultura jurídica nacional y luego se proyecta sobre lo que en otros contextos históricos o sociales es, parece o puede tomarse como derecho» (Frankenberg, 1985, p. 422). En el derecho comparado, el formalismo teoriza al derecho como un «conjunto de normas y principios independientes de otras instituciones políticas y sociales» (Garner, 1999, p. 913). Las limitaciones del formalismo se demuestran cuando consideramos si podemos comparar las decisiones

[10] Frankenberg, refiriéndose a Zweigert y Kötz y al comentario de Ernst Rabel, «Si la figura presentada por un académico está coloreada por sus antecedentes o educación, la colaboración internacional lo corregirá» (Rabel, 1951, p. 359).

del Tribunal Nacional Verde de la India con las decisiones de un tribunal dictadas en otro Estado de forma distinta, como la jurisdicción general de primera o segunda instancia; o si se podría restringir la comparación de los derechos constitucionales en la República de Irlanda con los del Reino Unido, ya que el Reino Unido carece de una forma codificada de su constitución[11].

6.2. El enciclopedismo

Como es de esperar por su nombre, el enciclopedista jurídico se esfuerza por compilar todas las jurisdicciones, los sistemas y las culturas jurídicas en una sola obra descriptiva. Sin embargo, al hacerlo, el enciclopedista debe crear categorías que sean comunes a todas las culturas, jurisdicciones y sistemas. En ocasiones, el método del enciclopedismo ha producido gran entusiasmo:

> Cuando se escriba la historia de la *Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado*, será difícil evitar el uso de superlativos. Cuando se complete esta empresa académica, monumental en su alcance, única en su concepción, sin precedentes en la cooperación mundial de expertos en derecho comparado y basada en una gran cantidad de investigaciones, experticia y esfuerzo técnico, bien podría ser conocida entre los académicos de derecho comparado como el «la obra del siglo» (Sprudz, 1980).

Sin embargo, el enciclopedismo adolece de algunas de las mismas debilidades que el formalismo. El enciclopedista jurídico, por ejemplo, necesita dividir los objetos de debate en algunas categorías consistentes para poder organizar la enciclopedia. La elección de divisiones realizadas por el autor no dará lugar a una descripción neutral, sino más o menos seguirá la descripción de alguna forma, a menudo la del sistema jurídico

[11] Además del formalismo, hay otras corrientes de pensamiento y teorías sobre cómo debe realizarse la comparación, como el constructivismo, la reconstrucción histórica y la yuxtaposición-plus. Para una discusión sobre esto ver Frankenberg, 1985, p. 443.

de la cultura de origen del autor. Aquí volvemos a la noción de que, si uno es un naturalista jurídico, se podría argumentar que existen algunas formas y categorías jurídicas puras, naturales para todas las sociedades humanas, a las que se adhieren las partes de cada sistema jurídico. El otro extremo sería el positivista jurídico que diría que no existen tales categorías naturales para todos los sistemas. Una tercera posición sería admitir que, si hay algunas categorías que son comunes a todas las culturas jurídicas, lo son por acuerdo, y no por alguna fuerza natural. A estas alturas, se puede empezar el trabajo útil e importante de determinar cuándo, dónde y por qué se acordaron estas categorías o normas.

Determinar las formas de clasificar y organizar los diversos elementos del derecho es uno de los primeros desafíos del derecho comparado. René David (1950) propuso la clasificación de los sistemas jurídicos en función de la diferente ideología que inspira a cada uno, llegando así a solo cinco grupos o familias: el derecho occidental, que se subdividió a su vez en los subgrupos romano-germánico y anglosajón; además del derecho soviético, derecho musulmán, derecho indio, derecho chino y derecho judío. David argumentó que las diferencias entre derecho anglosajón y derecho romano-germánico son de carácter técnico más que ideológico. Además, David señaló que las características que diferencian a la familia jurídica occidental de las otras cuatro son su democracia liberal, sus economías capitalistas y su religión cristiana.

A principios de la década de 1950, Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde y Martin Wolff organizaron siete familias o grupos de derecho, basados en orígenes históricos comunes en las fuentes de derecho y la formación de los abogados: el grupo francés, el grupo alemán, el grupo escandinavo, el grupo inglés, el grupo ruso, el grupo islámico y el grupo indio (Arminjon, 1951, p. 8). Al igual que el sistema de David, se trataba de una mejoría con respecto a los límites geográficos o las simples identidades estatales.

Partiendo de una base en el sistema de Arminjon, Nolde y Wolff, al final de la primera parte de su obra, Zweigert y Kötz llegan a un

capítulo sobre «familias jurídicas del mundo». Utilizando sus criterios, categorizaron a los sistemas jurídicos del mundo en siete familias: la familia jurídica romanista, la familia jurídica germánica, la familia jurídica angloamericana, la familia jurídica nórdica, el derecho en el Lejano Oriente, los sistemas jurídicos religiosos y los sistemas jurídicos socialistas (Zweigert & Kötz, 1998). Tras el colapso de la Unión Soviética, la familia socialista fue eliminada de su lista. El enciclopedismo debe crear categorías para los sistemas o familias del mundo (dependiendo del enciclopedista), además de crear categorías dentro de esas familias. Así, por ejemplo, en la *Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado,* volumen I, Informes de Estado, cada estado (no familia) está dividido en capítulos sobre: I. El sistema constitucional, II. Fuentes de derecho, III. Evolución histórica, IV. Derecho civil, V. Derecho comercial, VI. Dirección estatal del comercio, VII. Derechos de propiedad industrial y Derechos de autor, VIII. Principios del procedimiento judicial en casos civiles y comerciales, y IX. Derecho internacional privado[12]. Tuve cierta experiencia personal al contribuir en la elaboración del índice del volumen I de la *Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado.* Empezando con Afganistán, trabajé en los informes de los Estados en orden alfabético. Por lo tanto, llegué a la sección de Estados Unidos (que empieza con la letra «u» de USA en inglés) bastante tarde en el ejercicio. La descripción me pareció extraña, como profesional del derecho estadounidense, debido a las categorías utilizadas a través del enfoque enciclopédico. Me hizo comprender que el enciclopedismo, aunque proporciona una estructura organizativa utilizando el primer nivel, y luego selecciona subcategorías, también tiene limitaciones evidentes y reconocibles.

[12] Brill, *International Encyclopedia of Comparative Law Online*. referenceworks.brillonline.com/browse/international-encyclopedia-of-comparative-law-online

6.3. El funcionalismo

Desde las raíces formalistas que a menudo aquejaban el inicio de los intentos para la sistematización o convertir una disciplina en ciencia, a través del enfoque organizativo del enciclopedismo, el derecho comparado llegó al funcionalismo. El funcionalismo no solo aporta ventajas teóricas a la ciencia jurídica, sino que los profesionales que desean representar los intereses de sus clientes en la negociación o el litigio probablemente utilicen el enfoque funcionalista. «La funcionalidad se convierte en el principio metodológico fundamental que determina la elección de leyes para ser comparadas, el ámbito del compromiso, la creación de un sistema de derecho comparado y la evaluación de conclusiones» (Frankenberg, 2017, p. 436). El funcionalismo rechaza en parte e incorpora en parte el formalismo. Zweigert y Kötz, los grandes proponentes del funcionalismo, reducen todo el método del derecho comparado al funcionalismo: «El principio metodológico básico de todo el derecho comparado es el del funcionalismo […] Los incomparables no pueden ser comparados de forma útil y, en derecho, las únicas cosas comparables son aquellas que cumplen la misma función» (Zweigert & Kötz, 1998, p. 34).

En el centro del funcionalismo está la presunción de similitud, que reconocen como un comportamiento adquirido: «La proposición se basa en lo que todo comparativista aprende, a saber, que el sistema jurídico de toda sociedad se enfrenta esencialmente a los mismos problemas y los resuelve por medios muy distintos, pero a menudo con resultados similares» (Zweigert & Kötz, 1998; Zweigert, 1973, p. 735)[13]. El *praesumptio similitudinis* es tanto la percepción y el punto ciego del método funcionalista. El punto débil es que parte de la presunción de que los sistemas jurídicos del mundo son lo suficientemente similares como para que uno pueda encontrar funciones similares entre ellos.

[13] Críticas a estas presunciones sobre la similitud se encuentran en Grosswald Curran, 2002.

Como resultado de esta presunción, Zweigert y Kötz llegan a decir que si al final de la investigación «uno encuentra que hay grandes diferencias o en efecto resultados diametralmente opuestos, debe darse cuenta que es necesario volver y comprobar nuevamente si los términos en que planteó su pregunta original eran de hecho puramente funcionales y si extendió suficientemente la cobertura de sus investigaciones» (Zweigert & Kötz, 1988, p. 31).

En otras palabras, los análisis solo pueden realizarse si las preguntas utilizadas son capaces de producir similitudes, independientemente de lo bien que esas similitudes representan las prácticas de los abogados de esos sistemas.

Sería igualmente lógico partir de la presunción de que los sistemas jurídicos son lo suficientemente disímiles para no encontrar similitudes. Ambos supuestos ponen a un conejo en el anticuado sombrero del mago que predetermina el resultado de la comparación. Pero como señalan Zweigert y Kötz, asumir la disimilitud no produce resultados bajo el sistema. Tal vez sea ahí donde la ciencia honesta y abierta debería llevarnos. Y aquí se nos recuerda nuevamente que, para adoptar un método adecuado, hay que preguntarse cuál es el objetivo para obtener tales resultados. ¿Qué reclamo puedo hacer si establezco una función similar entre dos sistemas jurídicos? ¿Es nuestro objetivo poder decir que hay líneas de pensamiento identificables comunes a todas las sociedades humanas? Si se intenta algo como una ciencia objetiva o neutral de la comparación, es ciertamente peculiar abogar por el comienzo desde una perspectiva que está ciertamente sesgada hacia la búsqueda de similitudes, al igual que lo sería reconocer y emplear un sesgo en la búsqueda de diferencias.

La *Introducción al derecho comparado* (*Introduction to Comparative Law*) de Zweigert y Kötz está diseñada para ser aplicada al derecho privado, que, cuando el libro fue concebido, era una categoría clara de la familia del derecho civil dentro de los Estados. En efecto, el funcionalismo parece tener una afinidad especial con el derecho

comercial. De hecho, los estudios de «orígenes legales», «producidos principalmente por economistas, no por juristas, tienen una estrecha afinidad con el derecho comparado funcionalista» (Whytock, 2009, pp. 1879-1880). El derecho comercial y algunas otras áreas del derecho están menos conectadas culturalmente que otras áreas del derecho (Gordley & Von Mehren, 2014).

Sin embargo, otras áreas del derecho están adheridas más intrínsecamente a las diferencias culturales, como el derecho constitucional (Dorsen y otros, 2016; Tushnet, 2006), el derecho de familia, el derecho penal, o como en nuestro caso, el derecho ambiental[14]. Uno de los temas de nuestro libro es que el derecho ambiental no se refiere solo al mundo material, sino que, de hecho, está conectado culturalmente. Estas áreas culturalmente dependientes no pueden entenderse tan fácilmente sin centrarse en el proceso de comparación. En los aproximadamente cien años que llevamos reconociendo continuamente el derecho comparado como una actividad académica independiente, muchos académicos han llegado a la conclusión de que ha sido, desafortunadamente, poco productivo. Un estudio de la literatura del derecho comparado, tanto entre los autores orientados a la práctica como entre aquellos que están orientados a la teoría, deja dos cosas claras: en primer lugar, no existe un conjunto de conceptos o prácticas acordadas con los que se puede denotar el derecho comparado y, en segundo lugar, debido a una falta de acuerdo sobre la categoría, no existe ningún método o marco teórico que permita a posibles investigadores o profesionales construir una disciplina

[14] Discusiones con abogados alemanes que han obtenido sus grados de maestría (usualmente un grado LLM) han indicado que escogieron sus materias basados en sus intereses culturales —derecho de familia y penal— y no solamente el interés práctico, comercial. Después de todo ¿no es verdad que la educación legal apunta a ser una educación completa, no solamente formal? *Bildung* y no solamente *Ausbildung*, en palabras del gran Alexander von Humboldt.

metódica y replicable[15]. Mathias Reimann y otros han señalado que no es de extrañar el sorprendente aumento de interés por el derecho comparado en Europa, como parte del proceso de europeización del Acta Única Europea, el Tratado de Maastricht y el Tratado de Lisboa. Pero también han advertido que el proceso se ocupa en gran medida solo de la ley de letras negras, visualizada positivistamente y promoviendo los intereses privados. «Como resultado, no hay un marco teórico mejor en Europa que el que hay [por ejemplo] en Estados Unidos», donde se ha producido el grueso de las publicaciones bajo la bandera del derecho comparado (Reimann, 2002, p. 694). Por lo tanto, quizás sea el momento de buscar un marco teórico superior fuera de este eje. Consecuentemente, el éxito del derecho comparado en la segunda mitad del siglo XX puede caracterizase en gran medida por tratarse de una herramienta para la «Europeización del derecho privado» (p. 694). Mientras recientemente se están produciendo en Asia nuevas incursiones en el derecho comparado, «América Latina sigue siendo poco estudiada y el África casi ignorada» (p. 694) hasta por las revistas de derecho comparado más importantes como la *Revista Americana de Derecho Comparado* (*American Journal of Comparative Law*)[16]. Además, el derecho público no suele recibir tanta tinta (incluso dentro de Europa) como en Asia, América Latina y África.

El funcionalismo tiene algunas ventajas sobre otros enfoques, pero no está exento de debilidades. En 1922, mucho antes de que se nombrara e introdujera el funcionalismo, se lanzó una primera crítica. Luego, Pierre Lepaulle presentó un argumento de peso en el sentido de que «la comparación restringida a *un* fenómeno jurídico [aunque cumpla la misma función] en dos países es poco científica y confusa. Un sistema jurídico es una unidad, cuyo conjunto se expresa en cada

[15] En efecto, los investigadores en el área ni siquiera pueden ponerse de acuerdo si definirse ellos mismos como comparativistas o comparatistas.

[16] Una cuenta de artículos publicados entre 1952 y 1997 en esa revista contenía 41, 12% sobre Europa, 8,6% sobre Asia, y solamente 1,79% sobre África. Ver Upham, 1997, pp. 639, 641; Reimann, 2002, p. 674.

parte; en todo el organismo corre la misma sangre. Por lo tanto, cada parte debe necesariamente ser vista en su relación con el todo» (Lepaulle, 1922, p. 853).

Recientemente, algunas de las críticas al funcionalismo han surgido de estudios jurídicos críticos. El descontento social en gran parte del mundo en la década de 1960 acabó llegando también al derecho comparado y, durante los años 1980 y 1990, los comparativistas del movimiento de estudios críticos del derecho en Estados Unidos estaban aplicando el pensamiento social y la teoría posmoderna al derecho, con el objetivo expreso de incluir las culturas jurídicas de personas marginadas y reprimidas entre las que debían compararse. Al mismo tiempo, cuestionaban las ortodoxias que apoyaban la noción del derecho comparado que se podría fácilmente asociar a una contribución a la globalización (Mattei & Reimann, 2006, p. 815).

El problema de la parcialidad se convirtió en acusaciones de etnocentrismo por parte de los proponentes de estudios jurídicos críticos. Günter Frankenberge ofrece como correctivo:

> Para hacer frente al etnocentrismo tenemos que analizar y desentrañar los lazos culturales que nos unen al régimen jurídico interno. Un comienzo práctico y fascinante podría ser una lectura alterada de la literatura jurídica comparada con un enfoque en lo marginal, que normalmente se omite por falta de relevancia. Los prólogos y los prefacios tienen historias iterativas que contar sobre cómo la comparación, a pesar de los objetivos y reclamaciones superiores, está inspirada y organizada, en parte al menos, por factores contingentes que revelan la perspectiva: la educación jurídica del comparativista y su exposición a culturas jurídicas específicas, los viajes y las lunas de miel, las invitaciones a conferencias y así sucesivamente. Las observaciones marginales indican por qué y cómo el descubrimiento y las comparaciones supuestamente objetivas de la cultura jurídica «comparada» son reducidas por las suposiciones comparativistas (Frankenberg, 1985, p. 443).

¿Dónde se podría ver evidencia del etnocentrismo en la funcionabilidad? Si aplicamos una lección importante del propio derecho comparado a Zweigert y Kötz, podemos examinar legítimamente la perspectiva desde la que ven la disciplina de derecho comparado. Zweigert y Kötz dividieron su libro *Introducción al derecho comparado* en partes de derecho público y privado, lo cual es una distinción fundamental en derecho civil, pero no tan pronunciada en el derecho común. Luego organizaron la parte II del libro, Derecho Privado, según el patrón de organización de los párrafos del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemán): contratos, enriquecimiento injusto y agravios. La mayoría de los lectores alemanes reconocerán fácilmente que estas divisiones están siendo tomadas directamente de la organización del Código Civil Alemán. Pero en lugar de buscar una introducción al derecho comparado escrita desde la propia perspectiva y así obviar cómodamente el hecho de que estamos viendo el fenómeno desde una sola perspectiva, podemos beneficiarnos de las perspectivas de otros que reaccionan y analizan la funcionalidad. Sin embargo, al mismo tiempo hay que permanecer observantes del principio de funcionalidad, incluso cuando se critica.

Así, al intentar proporcionar una ciencia y un método para el derecho comparado que esté por encima o más allá de cualquier sistema, hasta el intenso trabajo de Zweigert y Kötz demuestra que es imposible la comparación sin tener una perspectiva desde la cual se compara. Uno no puede salirse del círculo hermenéutico sino, en el mejor de los casos, ser consciente de que uno está en el círculo, que ve el mundo desde su lugar en el círculo e intenta hacer observaciones de otras cosas en el círculo sabiendo que su perspectiva subjetiva hoy en día es el objeto de estudio de algún otro académico el día de mañana (Hegenbarth, 1982).

6.4. La traducción

Bernhard Großfeld moviliza la traducción como método alternativo para el derecho comparado (Hegenbarth, 1982). Siempre se requiere de

dos traducciones: la lingüística y la cultural. Además, Großfeld no se limita a decir que la traducción es análoga al derecho comparado. Señala que la ley

> […] surge de la misma manera que el lenguaje, como fue claramente señalado por Friedrich Carl von Savigny, quién declaró al principio de su obra clásica: en los primeros tiempos a los que se extiende la historia auténtica, se encontrará que la ley ya ha alcanzado un carácter fijo, peculiar del pueblo, como su lengua, sus modales y su constitución. No, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son más que las facultades y tendencias particulares de las personas, inseparablemente unidas en la naturaleza y solo llevando la apariencia de atributos distintos a nuestra opinión. Lo que los une en un todo es la convicción común del pueblo, la consciencia afín de una necesidad interior, excluyendo toda noción de un origen accidental y arbitrario (Hiller & Großfeld, 2002, pp. 175, 178-179)[17].

Utilizando un ejemplo extremo para expresar su punto de vista, Großfeld afirma que el derecho oriental, al igual que los pictogramas, no se compone de un lenguaje alfabetizado, sino que se trata de un pensamiento de la parte derecha del cerebro y, por lo tanto, no es comparable a otros sistemas jurídicos en los que el derecho está basado en el idioma de los caracteres (Hiller & Großfeld, 2002; Illich & Sanders, 1989). También parece permitir la *praesumptio similitudinis*, pero luego plantea una crítica del funcionalismo y una alternativa que construye a través del estudio del lenguaje. En la medida en que permite la *praesumptio similitudinis*, se podría hacer una crítica contra él, similar a la dirigida contra el funcionalismo de Zweigert y Kötz. Großfeld afirma que «En el derecho comparado no debemos fijarnos primordialmente en las diferencias, o incluso exagerarlas como exóticas. Es más importante

[17] Los autores citan a Friedrich Carl von Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (1831).

percibir las cosas en común. Estas forman puentes interculturales, que permiten acuerdos a través de las fronteras. Si sumamos las diferencias, distorsionamos el cuadro. Ante todo, el derecho comparado debe buscar la unión y tender puentes» (Großfeld, 2005, p. 12).

El «debemos» en esa declaración es, por supuesto, una cuestión de elección.

Nos recuerda además del proceso de aprendizaje de cualquier segundo idioma. Es mecánico: uno aprende la estructura de la gramática y la sintaxis de las oraciones y luego inserta todo el vocabulario que pueda memorizar. No es así como aprendemos nuestras lenguas maternas. Al igual que las lenguas naturales, todos empezamos nuestras vidas haciendo cosas cotidianas dentro de nuestro propio sistema jurídico. Normalmente pasamos años en ese sistema, acumulando conocimientos, de la misma manera que otros legos antes de empezar a estudiarlo científica o profesionalmente. Por lo tanto, las categorías en nuestra mente llamadas «idiomas» o «sistemas jurídicos» están sesgadas por el hecho de que hemos aprendido nuestro idioma y nuestro sistema jurídico, no alguna categoría neutral llamada idioma o sistema jurídico. Aprendemos cualquier segundo idioma o sistema jurídico traduciéndolo al nuestro. Esta no es una situación desastrosa, siempre y cuando seamos conscientes de ello. Pero si asumimos que nuestro sistema jurídico es de alguna manera «el» sistema jurídico, con alguna conexión natural u objetiva con el mundo, entonces hemos cometido el mismo error, como si hubiéramos asumido lo mismo sobre nuestro idioma.

Aprendemos nuestras lenguas maternas por el uso, hasta antes de comenzar la educación formal. Además, cuando aprendemos idiomas después de haber aprendido la lengua materna, lo hacemos por comparación con nuestro primer idioma. Pero más allá de mi analogía de que el aprendizaje de otro sistema jurídico es como el aprendizaje de otro idioma, Großfeld sostiene que el aprendizaje de otro sistema jurídico es el aprendizaje de otro idioma, ya que logramos esta práctica de comparación creando —no encontrando— relaciones que decimos

que son iguales. Así como no podemos aprender un segundo idioma como aprendimos nuestra lengua materna, debemos al menos ser conscientes de estas realidades de la traducción cultural y no engañarnos en creer que podemos aprender otra cultura, hasta una cultura jurídica, simplemente leyendo los mismos textos que lee un nativo[18]. Al ver el acto de comparación como un acto de traducción, el derecho comparado va más allá de la comparación textual, hacia la comparación de orden y relación (Großfeld, 2005, p. 125).

La lectura de un texto jurídico extranjero suele darnos una imagen falsa. El malentendido está programado. Para evitarlo, tenemos que reconocer el contexto del texto. Sin embargo, no somos capaces de observar los contextos extranjeros de manera imparcial, ya que cada sistema responde a la observación y se observa a sí mismo. Al igual que en las ciencias naturales, la realidad social es diferente si la observamos que cuando no lo hacemos.

Großfeld toma un concepto de traducción de las ciencias naturales, citando al físico Werner : «la conexión entre dos sistemas conceptuales cerrados diferentes debe ser siempre un análisis muy riguroso» (Heisenberg, 1984, p. 77). Él observa que el derecho comparado «no es para 'chicos listos' o 'chicas listas'. Requiere de paciencia y capacidad de empatía. Así como en las ciencias naturales» (Großfeld, 2005, p. 110). Añade: «Solo en raras ocasiones se lee algo sobre la ejecución [del derecho] en la práctica. Por lo tanto, siempre corremos el riesgo de tomar la representación por la vida y el derecho muerto por el derecho vivo» (2005, p. 95). Tomamos esta crítica en serio y examinamos la práctica del derecho ambiental en los capítulos restantes.

Großfeld no solo ofrece su propio método, sino que presenta una crítica al método de comparación ortodoxa, a la vez que aborda lo que él llama las «preguntas básicas» (2005, p. 95). En su crítica,

[18] Claro que con la notable excepción de los que han aprendido un segundo idioma a una edad temprana y son verdaderamente bilingües.

afirma inequívocamente que «poner orden en las conexiones y hacerlas comprensibles es también el deber académico del derecho comparado» (2005, p. 93). Afirma que «no deberíamos tomar el método funcional de una forma demasiado estrecha» (2005, p. 7). Großfeld comienza el capítulo final de su trabajo con una crítica al enfoque en el método:

> Hemos afrontado algunos problemas básicos del derecho comparado; encontramos formas de abordarlos, pero no encontramos respuestas seguras: Hay grandes tareas por delante para el derecho comparado; debe dejarse desafiar si quiere ganarse el futuro en un mundo que no es de sello europeo. Una comparación técnico- funcional sin un estudio de las costumbres nacionales, sin investigación cultural y sin empatía amorosa (Bernhard von Clairvaus … *Res tantum intelligetur quantum amatur*. Se entiende un asunto en la medida en que se ama) sigue siendo un estudio de palabras, letras y números, solo toca el nivel superficial y conduce al error (Großfeld, 2005, p. 245).

Entre los numerosos textos sobre el tema del derecho comparado, la disquisición de Großfeld sobre las preguntas básicas es lo más cercano a un enfoque o reenfoque de las cuestiones del acto de comparación, más que un enfoque de las propias leyes o problemas ideológicos.

6.5. La inmersión

Entre los comparativistas, Vivian Curran también expresa su descontento con el funcionalismo. Al igual que el «traduccionismo» de Großfeld, la noción de «inmersión» de Curran ofrece una alternativa al funcionalismo. Señala que, al confiar en la funcionalidad, Zweigert y Kötz se desentienden del objeto de la investigación. No se formula la pregunta ¿existe una función similar? Más bien, se asume que existe y el método se lanza desde esta suposición a determinar qué función está en operación. Más importante aún, dice que Zweigert y Kötz están asumiendo que es posible llevar a cabo el antiguo objetivo del derecho comparado para destilar un sistema global, común y unificado del

derecho privado y, para ello, comienzan suponiendo que encontrarán similitudes. Al igual que el conejo de los magos de antaño, las similitudes del funcionalista, como era de esperar, siempre están ahí.

Además de un enfoque a través del tiempo, el registro histórico demuestra que hay lecciones que aprender al sumergirse en la comparación a través del espacio. Pierre Lepaulle, un abogado de las cortes francesas que se convirtió en conferencista de Harvard señaló:

> Si se me permite expresar una experiencia personal, nunca pude entender del todo el derecho francés antes de venir a los Estados Unidos y estudiar otro sistema. La historia del derecho parece inadecuada para dar al estudiante este sentido de la relatividad, porque en la historia a menudo nos enfrentamos con fuerzas que aún no han muerto, que inconscientemente desvían la mente del estudiante en una dirección determinada. Para ver estas cosas en su verdadera dimensión, debemos verlas a cierta distancia, como extraños, lo que es imposible cuando estudiamos cualquier fenómeno de nuestro propio país. Por ello, el derecho comparado tendría que ser uno de los elementos necesarios en la formación de todos aquellos que han de configurar el derecho para las sociedades (Großfeld, 2005, p. 858).

El trabajo de Curran se orienta en la dirección de abordar las preguntas lingüísticas del derecho comparado y se aleja de los debates puros de método o ideología. La crítica de Curran se relaciona a una crítica más general del principio de diferencia-identidad. En el principio de diferencia-identidad, se dice que para dos fenómenos cualesquiera se puede encontrar, por supuesto, una similitud básica. Por ejemplo, simplemente por el hecho de que existen, ambos están hechos de moléculas y así sucesivamente. Al mismo tiempo, tienen también por lo menos una diferencia: hasta dos lápices, producidos en serie y uno al lado

del otro, no existen en el mismo espacio físico[19]. El modo alternativo preferido por Curran sobre comparación es a través de la inmersión en la nueva cultura jurídica. Si nos fijamos en los requisitos académicos para estudiantes que desean convertirse en etnólogos profesionales o antropólogos comparativistas, se descubre que el conocimiento de una cultura, incluyendo la cultura legal, requiere la inmersión en esa cultura. Una gran ventaja de la inmersión es que el científico puede observar directamente cómo operan los sistemas jurídicos para las personas que practican la cultura que se está estudiando. Las desventajas son obvias: el costo económico y de tiempo que supone viajar a esa cultura de estudio, por no mencionar la triste ironía de la carga de carbono de viajes aéreos para facilitar el estudio del comportamiento ambiental.

7. Conclusiones

El derecho comparado bien podría haber llegado a una nueva era en este nuevo siglo. Mathias Reimann afirma que «el derecho comparado ha avanzado mucho más allá [...] de los modelos relativamente rudimentarios, en por lo menos tres aspectos» (2002, p. 676). En primer lugar, según Reimann:

Se entiende hoy en día que todas las clasificaciones son meras aproximaciones y no reflexiones exactas de la realidad. [...] En segundo lugar, hemos aprendido a mirar más allá de los sistemas y familias jurídicas como entidades estáticas y aisladas [...] y hemos llegado a pensar de una manera más dinámica, principalmente, sobre las tradiciones jurídicas.

[19] Aquí uno debe tener cuidado de no participar en una práctica inmadura de «comparar y contrastar», como un sustituto para el método comparado. La simple yuxtaposición no es el método comparado. Me recuerda una observación hecha por la doctora Deborah Dysart-Gale, presidenta del Centro de Ingeniería en Sociedad de la Universidad de Concordia, Montreal, señalando que el «análisis» ofrecido por la mayoría de documentos de conferencias académicas podría reducirse a dos temas: «X y X1» parecen ser similares, pero les demostraré como son realmente diferentes», o «X y X1 pueden parecer diferentes, pero les demostraré cómo son realmente iguales».

[Y en tercer lugar,] hemos desarrollado al menos cierta comprensión sobre las *interacciones* entre estas familias, tradiciones y culturas jurídicas (Reimann, 2002, pp. 677-678, énfasis añadido).

Mientras que el funcionalismo ha sido el objeto de críticas, en gran parte justificadas, la navegación de un solo barco nuevo que ondee la bandera del comparativismo aún tiene que surgir.

Segunda parte

INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL IMPLEMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Capítulo 3
Ubicación del derecho ambiental en el sistema jurídico

Marek Prityi, Ana Miola, Yuan Ye, Ryan Kraski y Saskia Münster

1. Cuestiones preliminares: ¿experiencia o racionalidad?

Podríamos empezar la segunda parte del libro con la pregunta de cuál es la función del Estado en los problemas ambientales. Para responderla hay varias dicotomías conceptuales que se desarrollarán a lo largo de este capítulo, que aunque son distintas, a menudo se confunden. La primera dicotomía distingue el derecho público del derecho privado. La segunda distingue el derecho común del derecho civil. Una tercera dicotomía, debatida en la sección 2.1., es de un impacto menos categórico. Distingue la función de la administración en un sistema presidencial, con una rama completa del Estado dedicada a la ejecución de la ley, de la función de la administración en un Estado parlamentario que incorpora la ejecución de la ley a la administración de la legislación.

Muchos de los daños que hoy en día llamaríamos «ambientales» fueron históricamente solo accionables por un individuo contra otro individuo en el derecho privado. En esas instancias, la función del Estado era solo para establecer normas de comportamiento legalmente reconocidas, ya sea a través de la legislación o en jurisdicciones de

derecho común, a través de precedentes jurisdiccionales. Además, el Estado interpretaría esas normas en la medida en que fueran aplicadas a determinadas controversias mediante el proceso de litigio privado y posterior aplicación de sentencias judiciales. El factor determinante para que un derecho, ley o reglamento constitucional sea «ambiental» es si su implementación beneficia al medio ambiente. Para hacer esta determinación, hay que examinar los daños y remedios disponibles. Si la reparación beneficia al público y los daños, reparación civil o penal se pagan al Estado, podría caracterizarse la ley como ambiental. Si beneficia a individuos, el ejercicio de la reparación solo concierne a las partes privadas y el pago de los daños es a un privado, entonces el asunto es simplemente un ejercicio del derecho privado de obligaciones, no de derecho ambiental.

Sin embargo, eventualmente, el desequilibrio de poder a favor de la industria, que fue a su vez responsable de muchos de los daños que se podrían llamar «ambientales», significó que el Estado tenía que intervenir en nombre del individuo perjudicado ambientalmente con el fin de equilibrar los excesos en el sistema legal de los poderes económicos, sociales y políticos. Este reequilibrio de un poder desequilibrado funcionó para detener los daños ambientales hacia algunos individuos, pero la intervención del Estado tuvo un precio. En muchas situaciones, la nueva autoridad ambiental del Estado, derivada de constituciones, leyes o reglamentos, significó que el individuo ya no era una parte de la acción, sino, un testigo que daba su testimonio al Estado. Como en el caso de derecho penal, el Estado fue elegido para actuar en beneficio de todos los ciudadanos, pero los daños pagados por el infractor fueron al Estado, no a la persona afectada. Un cambio adicional que también tuvo un impacto fue el hecho de que una vez que el Estado estuvo facultado para hacer cumplir la legislación ambiental, las personas, a menudo, sentían que los problemas ambientales ya no eran de su interés, sino una preocupación para el Estado.

Teniendo en cuenta las comparaciones a lo largo del tiempo, pasamos a las comparaciones actuales. Gran parte del derecho comparado comienza por distinguir lo que René David llamó las dos grandes familias legales del mundo, lo que introduce la segunda dicotomía para este capítulo. Sin embargo, cuando se trata de derecho comparado, esta distinción puede no ser muy significativa[1]. Decimos «puede», pues el significado depende de las características que se presentan. Una distinción importante, pero que a menudo es pasada por alto, y que se extiende a través de todo pensamiento que se podría decir distingue a las dos culturas, es la diferencia entre la experiencia y la racionalidad o lo que los filósofos llamarían entre el empirismo y el racionalismo. Viéndolo de forma constructiva, el derecho común ha utilizado el pensamiento racional colectivo de las mentes legales para anticipar los daños y abordarlos mediante normas racionales a las que se ha llegado mediante una legislatura elegida por los ciudadanos. Hasta los propios jueces, cuando están facultados, exhiben las características del racionalismo o el empirismo. Un juez alemán, por ejemplo, es invitado al tribunal después de que él o ella han demostrado una alta capacidad racional de resolución de problemas en los exámenes del Estado para convertirse en abogado. Pero el juez estadounidense, por ejemplo, y por comparación, es nombrado por el presidente (si es un juez federal) o gobernador (si es un juez del estado) o votado (algunos estados eligen en lugar de nombrar a los jueces). En todos estos escenarios de los Estados Unidos, una invocación común es la experiencia del candidato a la judicatura como abogado litigante.

Si solamente nos fijamos en las fuentes del derecho, por ejemplo, encontramos que tanto las jurisdicciones de derecho común como las de derecho civil abordan los temas ambientales a través de constituciones,

[1] Desde la perspectiva de derecho comparado en general, Matthias Siems destaca la necesidad de concentrarse en las características típicas de la «tradición jurídica occidental», en lugar de acentuar la «división del derecho civil/común» (Siems, 2014, p. 68).

leyes y reglamentos. Actualmente, el papel tan comentado de los casos precedentes en jurisdicciones de derecho común en materia ambiental sirve, en gran medida, como interpretación de derechos ambientales vinculantes, expresados en constituciones, leyes ambientales o reglamentos y no como nuevos desarrollos normativos exclusivos de las cortes. Hay, por supuesto, asuntos de obligaciones privadas en el derecho común, como los daños, en los que un particular puede emprender una acción contra otro particular por afectaciones surgidas a través de lo que podríamos llamar un medio ambiental, como la destrucción del suministro de agua. Pero como tales, siguen siendo daños en el ámbito del derecho privado y no suelen caer en la categoría sancionadora del derecho ambiental. Por lo tanto, mientras que el punto de partida del derecho comparado es a menudo distinguir el derecho común del derecho civil, la mayor diferencia para la práctica en cualquiera de las dos familias es, de hecho, entre el derecho privado y el derecho público.

Asuntos que fueron históricamente solucionados, si acaso, por acciones legales en el ámbito privado, se convirtieron en un tema de competencia estatal directa a través de derecho público. Uno debe considerar no solo las diferencias formales entre soluciones de derecho público y privado, sino la función de estas soluciones y cómo se llega a ellas. Para esto, el derecho comparado tradicional a menudo comienza por distinguir el derecho civil del derecho común. Esa distinción no es una diferencia que involucra a todo el *accessus ad auctores*. Comenzando con quienes son los ciudadanos, uno encuentra culturas con distintas expectativas sobre sus sistemas legales, empezando con un *laissez faire* o un modo de planificación del control legal. Este hecho nos lleva a la siguiente pregunta: ¿cómo se crearon estas expectativas?

La crítica de la legislación desde una perspectiva del derecho común también puede abordar la cuestión de que el proceso legislativo, como tal, no es plenamente capaz de establecer un balance entre los intereses de grupos que compiten, «ya que promueve los intereses de ciertos grupos ya sea con mucha fuerza o demasiada debilidad»

(Green, 1997, pp. 541, 543). Por contraste, algunos académicos alegan que el derecho común, junto con la equidad, está en una mejor posición para establecer un balance entre intereses que compiten (Green, 1997, pp. 541, 543; ver Smith, 2011, pp. 1185, 1193, 1195).

En muchos Estados, a medida que la transición de soluciones desde el derecho privado al ámbito del derecho público se fue dando, la teoría del interés de los Estados en materia ambiental se redactó en términos de la doctrina del *public trust* o la confianza del público. Las raíces de esta influyente doctrina se pueden rastrear a la Roma antigua[2]. La doctrina de la confianza pública está construida sobre la premisa de que los recursos naturales, incluyendo los recursos hídricos, son «de propiedad gubernamental y deben mantenerse en custodia para el uso y beneficio del público, así como las futuras generaciones» (Klass, 2015)[3]. La doctrina de la confianza pública representa en este contexto esencialmente el «reconocimiento judicial de una relación fiduciaria-beneficiaria entre el gobierno y el público» (Ripley y otros, 1973, pp. 135, 151). Su importancia en el mundo del derecho común y su función en cuestiones ambientales, principalmente en el contexto de los Estados Unidos, fue reiterada los años setenta por Joseph Sax, una de las primeras personas en llamarse a sí misma un «profesor de derecho ambiental». Abogó por la aplicación extensiva de la doctrina de la confianza pública en asuntos ambientales y su habilidad de obligar a los gobiernos a proteger los recursos naturales contra el desarrollo y nuevas amenazas (Ripley y otros, 1973, p. 152; Razzaque, 2001, pp. 221, 228). Gradualmente, la doctrina de la confianza pública en los Estados Unidos ha sido incorporada y reiterada en el derecho común,

---

[2] Una de las máximas del derecho romano se puede interpretar en el sentido de que «la conservación de recursos es intrínsecamente buena y necesaria para la continuación de la sociedad». Ver Klass, 2006, pp. 699, 711.

[3] De hecho, el principio de equidad también representa una de las partes constitutivas y fundamentales de la doctrina de la confianza pública. Ver Treves, 2017, pp. 248, 251; también Klass, 2006, pp. 699-754.

derecho constitucional[4] y derecho estatutario (Klass, 2015, p. 50). La línea de jurisprudencia[5] que ha surgido desde la década de 1970 ha interpretado claramente la doctrina de la confianza pública, a la luz de sus dimensiones ambientales y estéticas, reflejando los pensamientos del profesor Sax y la creación de conciencia ambiental en todo el mundo (ver Klass, 2006, pp. 708-710; Razzaque, 2001). La doctrina de la confianza pública no debe percibirse como un asunto aislado, sino también en el contexto de una intricada interrelación entre el derecho común, derecho constitucional y derecho estatutario (leyes y reglamentos). Puede servir como una técnica para que los tribunales remedien las deficiencias en procesos legislativos y administrativos[6]. La doctrina reitera la necesidad de mayor responsabilidad en la toma de decisiones en lo que respecta a los recursos naturales y puede servir como un mecanismo que podría ser utilizado por el público para remediar las deficiencias asociadas con la aplicación de la ley de planificación o evaluaciones de impacto ambiental (Razzaque, 2001, p. 229). Además, el eco de la doctrina de la confianza pública tal vez sea escuchado cuando se debata la necesidad de abordar el cambio climático. Algunos Estados afirman que son propietarios de los

[4] El artículo 1, parágrafo 27 de la Constitución del Commonwealth de Pennsylvania estipula que el estado (Commonwealth) de Pennsylvania actuará como fideicomisario de los recursos naturales para «conservar y mantenerlos para el beneficio de todas las personas». Las obligaciones del estado en este sentido están reforzadas mediante disposiciones que permiten la movilización de los ciudadanos y el estado para hacer valer sus derechos asociados con la protección del medio ambiente. Ver Constitución del Commonwealth de Pennsylvania; ver también Klass, 2006, p. 751.

[5] Ver por ejemplo la decisión de la Corte Suprema de Wisconsin en el caso Just v. Marinette County (201 N.W.2d 761), decisión de la Corte Suprema de California en el caso Marks v. Whitney (491 P.2d 374 Cal. 1971) o la decisión de la Corte Suprema de Illinois en el caso Scott v. Chicago Park District (360 N.E.2d 773 111. 1977).

[6] La doctrina de la confianza pública puede actuar como un «control sobre la acción administrativa, proporcionando un mecanismo de revisión judicial o decisiones para la asignación de recursos [así como] una herramienta adicional de protección ambiental, particularmente cuando la discreción administrativa ha sido abusada». Ver Redgwell, 1999, pp. 178-179.

recursos naturales, pero si los gobiernos mantienen los recursos naturales en fideicomiso para sus ciudadanos y tienen la obligación de protegerlos para las generaciones futuras, vale la pena considerar el «litigio por fideicomiso atmosférico» con el objetivo de obligar a los gobiernos a cumplir con los objetivos de reducción de emisiones de carbono (Wood & Burns, 2009, p. 99).

Aparte de los Estados Unidos, la doctrina de la confianza pública ha jugado un papel importante por ejemplo en la India, donde las cortes la trataron como un concepto integrado en su sistema nacional de derecho común (Razzaque, 2001, p. 229). La jurisprudencia india también muestra la tendencia de aplicar la doctrina de la confianza pública cuando no existe una legislación que proteja los recursos naturales y, en el caso de una violación de la ley municipal, vincularla con el derecho a la vida en virtud del artículo 21 de la Constitución de la India (Razzaque, 2001, p. 233)[7]. La aplicación de la doctrina de la confianza pública en el contexto indio también puede ser un factor desencadenante útil en el «litigio por fideicomiso atmosférico» (Blomquist, 2012, pp. 1053, 1062-1063).

El desarrollo de leyes ambientales detalladas, así como el establecimiento de organismos administrativos en los Estados Unidos tuvo lugar al mismo tiempo que el redescubrimiento de la doctrina de la confianza pública en el ámbito del medio ambiente. La Ley de Aire Limpio[8] o la Ley de Especies en Peligro de Extinción[9] pueden ser

[7] Ver también Supreme Court of India, *M.I. Builders Pvt Ltd v. Radhey Shyam Sahu* (AIR 1999 SC 2468); Supreme Court of India, *M.C. Mehta v. Kamal Nath and Ors* (2000) INSC 334.

[8] La adopción de la Ley de Aire Limpio en 1970 y leyes conexas también deben ser consideradas a la luz de los avances institucionales. El Congreso aprobó la ley poco después de que el presidente Nixon creara la Agencia de Protección Ambiental por orden ejecutiva. Ver Melnick, 1983, p. 5; Ripley, 1973, p. 136.

[9] Como ha reiterado Mathews, la Ley de Especies en Peligro de Extinción adoptada en 1973 ha sido significativa, principalmente en cuanto a dos disposiciones: Sec. 7, que prohíbe a los organismos federales dañar las especies enlistadas, y Sec. 9, que impide la captura de especies en peligro de extinción (Mathews, 2004, pp. 947, 948-949).

nombradas como ejemplos (Klass, 2006, p. 720). Gradualmente, los progresos iniciados en la década de 1970 evolucionaron y la doctrina de la confianza pública moderna fue acompañada por la evolución del derecho constitucional y estatutario (Klass, 2006, p. 720). La promulgación de leyes y reglamentos, junto con el desarrollo de un marco institucional, significaron un importante avance en el ámbito de la protección del medio ambiente ya que introdujeron normas sustantivas de calidad del aire y del agua y equiparon a las organizaciones con la base de un enfoque interdisciplinario para la solución de problemas ambientales y para la evaluación de los impactos ambientales de los proyectos (Ripley y otros, 1973, pp. 164-165).

La jurisprudencia sirve para explicar la interrelación e interdependencia entre el derecho constitucional, las leyes y el derecho común y su interacción en los Estados Unidos. Por ejemplo, en 2004, el Tribunal Supremo de Hawái decidió un caso relativo a la aplicación de la doctrina de la confianza pública al conceder un permiso para la reserva de agua para uso dentro de los cursos[10]. Al tomar la decisión, el tribunal subrayó el carácter de confianza pública del caso[11], construyendo su decisión no solo sobre la doctrina de la confianza pública, sino también sobre las disposiciones constitucionales y normas relevantes (Klass, 2006, pp. 730-731). La interacción entre requisitos legales y reglamentarios también fue destacada en el caso *Save Ourselves, Inc. v. Louisiana Environmental Control Commission*[12], donde la Corte Suprema de Luisiana concluyó que la decisión de construir y operar una planta de eliminación de desechos peligrosos violaba la constitución y leyes, así como la doctrina de la confianza pública (Klass, 2006, p. 731). En este caso, la doctrina

[10] Re Wai'ola O Moloka'i, Inc., 83 P.3d 664 (Haw. 2004).

[11] En este sentido, también es interesante tener en cuenta que el deber de la confianza pública se extendió para proteger los derechos consuetudinarios y de recolección de los pueblos indígenas de Hawái. Ver Re Wai'ola O Moloka'i, Inc., 83 P.3d 664, 671-72, 682-83 (Haw. 2004).

[12] 452 So. 2d 1152 (La. 1984).

de la confianza pública fue interpretada como un concepto estatutario constitucional, donde el Estado actúa en su capacidad de fideicomisario para todo el pueblo (Houck, 2012, pp. 410, 434-435). La Corte Suprema de Luisiana reiteró la necesidad de que todos los organismos estatales con responsabilidades en materia de protección ambiental integren la doctrina de la confianza pública, subrayando la necesidad de un enfoque equilibrado en la toma de decisiones que sopese los factores económicos y sociales frente a los costos ambientales, haciendo eco así de la esencia del desarrollo sostenible[13]. Los casos demuestran que para asegurar la implementación de la doctrina de la confianza pública en cuestiones ambientales (y asuntos ambientales relevantes desde la perspectiva de la protección ambiental en general) los tribunales de las jurisdicciones de derecho común como en los Estados Unidos hacen uso no solo del derecho común, sino también de las disposiciones constitucionales y leyes y reglamentos (Klass, 2006, p. 745). Estos mecanismos deben ser considerados mutuamente complementarios.

1.1. Obligaciones ambientales privadas

La migración de acciones legales y soluciones jurídicas por daños ambientales desde la esfera privada hacia la esfera pública no es un camino único ni irreversible[14]. Con la atención del público al litigio por daños relacionados al cambio climático liderando el camino contra los gobiernos vinculados a la industria, los ciudadanos que sufren daños ambientales pueden y deben volver a la reparación privada. Esto plantea

[13] Como lo señala McCowan, el tribunal en el caso pidió que se adoptara un enfoque equilibrado sin especificar ningún criterio fijo o introducir detalles específicos de un proceso equilibrado en todos los aspectos de los mecanismos normativos en el ámbito de la protección ambiental. Ver McCowan, 1992, pp. 918-920.

[14] Los diferentes enfoques de los derechos y los remedios pueden servir de ejemplos. Mientras que el derecho común prefiere el enfoque «donde existe un remedio, existe un derecho» (*ubi remedium ibi ius*), el enfoque continental prefiere la secuencia «de derechos a los remedios». Ver Nowag, 2018, p. 156.

una importante cuestión para la investigación en la que se puede hacer una comparación en el tiempo o el espacio: desde la perspectiva de los ciudadanos, ¿deben los ciudadanos de una cultura jurídica particular disfrutar de un ambiente más limpio en el que solo se aplican obligaciones de derecho privado a las personas y empresas que los perjudican, o deben disfrutar de un ambiente más limpio en el que el Estado tome acciones públicas en su nombre?

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica, el derecho común fomenta la resolución de casos y desarrollo jurídico por medio de la adjudicación de intereses tanto públicos como privados. Desde una perspectiva histórica, los problemas ambientales en el sistema de derecho común de los Estados Unidos fueron abordados principalmente por medio del derecho de responsabilidad civil antes de que se ampliara el marco del derecho ambiental a través de leyes y reglamentos en el decenio de 1970 (Latham, 2011, pp. 737, 739). En el derecho anglosajón, las obligaciones privadas se entienden como dos cuerpos de leyes distintos: contratos y la responsabilidad civil extracontractual (daños). Esta separación mayor y más clara que la encontrada en el derecho de las obligaciones en las culturas de derecho civil se debe al hecho histórico de que tanto los daños como los crímenes en el derecho común se originaron en el sistema germánico de multas compensatorias por daños, donde no se hizo una clara distinción entre crímenes y otros daños (Malone, 1970, p. 1). No fue hasta la invasión de Normandía que esto comenzó a cambiar por la influencia del derecho civil continental europeo.

Hoy en día, en los Estados Unidos, la solución de problemas ambientales por medio de la responsabilidad por daños podría ser vista como una forma de reglamentación «mediante la disuasión, imponiendo responsabilidad por los actos prohibidos» (Yang, 2002, pp. 607-617). Sin embargo, es un viejo problema determinar exactamente qué «acciones» están «prohibidas». El derecho común ha desarrollado una extensa jurisprudencia para determinar los deberes y obligaciones que se adeudan. El propósito principal del derecho de la responsabilidad civil

reside en la realización de la justicia correctiva, proporcionando medios pacíficos para resolver una controversia y el restablecimiento de las condiciones originales por daños causados por alguna conducta ilícita, como un sistema de compensación basado en la culpa (Latham, 2011, p. 746; Lin, 2005, pp. 1439, 1452-1453; Abelkop, 2013, pp. 381, 428). La justicia correctiva, en términos de remedios legales, significa que los demandantes afectados pueden conseguir una indemnización compensatoria por daños. Además, los remedios equitativos proporcionan un alivio para daños continuos y potenciales. La visión del derecho de la responsabilidad civil que hace hincapié en la disuasión, así como en la justicia correctiva y distributiva, también considera que este derecho es un mecanismo para promover determinados objetivos sociales[15]. Esto podría resultar particularmente útil al abordar casos relativos a miembros de grupos marginados cuyos intereses y preocupaciones pueden parecer demasiado insignificantes para ser subsumidos en la legislación ambiental general que se centra en los intereses del público en general (Yang, 2002, pp. 616-617)[16]. Teniendo esto en cuenta, la supervisión de autoridades reguladoras en tales situaciones puede ser a menudo insatisfactoria y menos eficaz que la ley de obligaciones privadas que, en contraste con el derecho administrativo y el derecho penal, ofrece a las personas en casos ambientales tanto la posibilidad de entablar una demanda como de disponer de remedios en el ámbito privado (Yang, 2002, p. 623). Por lo tanto, si es cierto que los intereses de grupos marginados no están representados en la legislación ambiental ni en la supervisión regulatoria, las acciones en causas privadas son invalorables. El derecho de las

[15] Como lo señala Shmueli, «la justicia correctiva comienza donde termina el fundamento de la disuasión» (2015, pp. 745, 750, 761).

[16] El papel de los jueces y los tribunales como actores e instituciones imparciales que deciden los casos de responsabilidad civil en los que intervienen diferentes partes también se han considerado como factor pertinente e importante en comparación con los mecanismos de indemnización alternativos para las víctimas de casos de contaminación, como los planes de seguros privados. Ver Abelkop, 2013, p. 429.

obligaciones privadas por sí solo sería insuficiente e inadecuado como un sistema único de reglamentación, en particular debido a su carácter individual y *ex post*, pero sirve como un buen complemento de otros enfoques basados en la normativa administrativa.

1.2. Obligaciones ambientales públicas

La legislación ambiental introduce normas y principios para abordar los daños ambientales antes de que ocurran (Yang, 2002, pp. 623-624). Los remedios de derecho privado solamente brindan alivio cuando las partes privadas interponen una acción. Los deberes y obligaciones en este ámbito pueden inhibir nuevos daños mediante desincentivos económicos. Estos desincentivos económicos pueden disuadir comportamientos antisociales, incluyendo tanto actos intencionales dañinos como negligencia. Dentro de los sistemas económicos liberales, esto puede considerarse tan disuasivo para el comportamiento antisocial como la legislación ambiental, pero las diferencias clave siguen siendo los remedios disponibles y la fuente de las obligaciones. Además, los deberes y obligaciones en materia de responsabilidad civil, como el «concepto de persona razonablemente prudente», permiten flexibilidad en las medidas correctivas que eran, evidentemente, poco razonables desde el punto de vista social. Esta flexibilidad libera a los jueces y jurados en los sistemas de derecho común de las normas estatutarias preformuladas, que no pueden prever determinados actos perjudiciales[17].

La diferencia entre abordar problemas ambientales mediante la legislación ambiental y el derecho privado radica en las diferentes teorías que sustentan cada una de ellas. Si bien el propósito de la legislación ambiental con respecto a la protección del medio ambiente es bastante sencillo, el derecho de las obligaciones privadas puede servir para

[17] Para un debate general sobre derecho de responsabilidad civil, concepto de persona razonable y medidas correctivas en derecho común, ver Hogg, 2016, pp. 113, 142.

disuadir del daño ambiental a través de «la amenaza de responsabilidad económica» (Lin, 2015, p. 1453)[18]. Estos aspectos deben tenerse en cuenta cuando se promueven remedios privados como instrumento regulatorio público (Abelkop, 2013, p. 382). La deficiencia inherente del derecho de las obligaciones privado radica en su incapacidad de proporcionar un remedio cuando no se puede demostrar la causalidad de un daño directo (Latham, 2011, p. 750). En esos casos, la legislación ambiental puede resultar más útil (Latham, 2011, p. 754). El derecho ambiental público y el derecho de las obligaciones privadas se apoyan mutuamente cuando sus objetivos se superponen, como sucede cuando el derecho ambiental fomenta la justicia correctiva o la disuasión. En teoría, la probabilidad de limpieza y disposición de sustancias peligrosas en un lugar determinado podría ser mayor si es tratada desde el derecho privado y público después del hecho, en comparación con ser tratada por los objetivos de prevención o conservación desde el derecho ambiental público y antes del hecho (Latham, 2011, p. 749). Los académicos suelen dar más crédito al activismo y la regulación a través del derecho público que al sistema descentralizado de derecho privado de responsabilidad civil, al abordar el problema de contaminación durante la segunda mitad del siglo XX[19]. Además, el número de casos ambientales basados en estatutos y reglamentos ambientales ha ido aumentando gradualmente

[18] Como también lo señala Abelkop en este sentido, el derecho de responsabilidad civil como una herramienta económica es útil solamente cuando la amenaza de litigio sirve de incentivo para que «los que asumen riesgos adopten medidas de precaución que internalicen los costos» (2013, p. 427).

[19] Esta conclusión puede atribuirse también, en cierta medida, al hecho de que, por ejemplo, el derecho de la seguridad social fomenta el desarrollo económico en sus primeras etapas, mientras que solo abordó los problemas ambientales más tarde, cuando se producen y se articulan las demandas por una mejor calidad ambiental. Por otra parte, también hay voces que sostienen que el derecho de responsabilidad civil en los Estados Unidos también ha experimentado cierto desarrollo y los factores que limitaban su eficacia en los momentos en que se hicieron estas observaciones ya no están presentes (Abelkop, 2013, pp. 456-457).

en comparación con los casos del derecho privado (HLR, 2015, pp. 2256, 2263).

En una acción privada se puede recurrir a un experto científico, pero, en un grado mucho mayor, los sistemas de regulación administrativa emplean a especialistas y expertos que están en condiciones de evaluar grandes cantidades de información y realizar estudios (Lin, 2015, p. 1465). No obstante, la relación de apoyo mutuo entre un sistema regulador administrativo de derecho público y los remedios desde el litigio privado pueden ponerse de relieve por la capacidad del sistema de derecho privado para compensar las eventuales lagunas en la información sobre el medio ambiente, así como por la insuficiente aplicación de las leyes ambientales sobre una base *ad hoc*. En las jurisdicciones de derecho común en particular, los remedios de responsabilidad civil pueden actuar como una red de seguridad detrás de la legislación y regulación, compensando la falta de ejecución por parte del Estado (Lin, 2015, p. 1469). Además, la flexibilidad del derecho de responsabilidad civil puede resultar pertinente y útil incluso en los casos cuando los fundamentos económicos o científicos de las leyes y reglamentos sobre el medio ambiente queden obsoletos o desacreditados[20].

2. Derecho público: ¿puede la planificación adecuada reemplazar a la resolución de conflictos?

A medida que se construyen los sistemas jurídicos, llega un punto en que los valores culturales consuetudinarios se concretan a través de una

[20] Sobre esto, también es pertinente mencionar que el hecho de que los asuntos científicos sean (o no) correctos, tiene que ser demostrado también mediante testimonios de expertos. Sin embargo, hasta los testimonios de expertos pueden ser a veces parciales y no correctos. Como señaló Pérez, el derecho de la responsabilidad civil solo ofrece garantías y posibilidades de corrección limitadas. La eventual parcialidad de los testimonios tendría que ser revisada por los tribunales, que no son los órganos equipados adecuadamente para llevar a cabo la tarea, considerando la naturaleza a menudo muy técnica y específica de dichos testimonios. Ver Perez, 2015 y Abelkop, 2013, p. 443.

institución con suficiente poder como para establecer normas para toda la sociedad. La implicación en tal entorno social es que esta institución tiene la capacidad de anticiparse a cualquier disputa que pueda surgir y legislar de antemano cómo deben resolverse estos conflictos de intereses. Pensando idealmente, uno esperaría que el órgano legislativo haya anticipado todos los daños. Sin embargo, pero la experiencia demuestra lo contrario, principalmente en el campo de los daños ambientales, donde su comprobación puede requerir de complicadas explicaciones y es aún más difícil para los legisladores prever todos los daños y abordarlos en la legislación general.

El derecho estatutario está adquiriendo más importancia en las jurisdicciones de derecho común en la mayoría de los campos, siendo el derecho ambiental un ejemplo destacado[21]. El enfoque tanto del juez de derecho común como el juez de derecho civil se basa en la construcción de su razonamiento a partir de un análisis de la legislación, mientras que difieren en la extensión y profundidad del análisis sobre precedentes, difieren. Teniendo en cuenta que las decisiones judiciales representan una fuente de derecho vinculante en las jurisdicciones de derecho común, cabe esperar que los jueces de derecho común presten más atención a desarrollos en el ámbito de la jurisprudencia que sus contrapartes en jurisdicciones de derecho civil, incluyendo los desarrollos a través del derecho privado. Las investigaciones indican que los jueces de derecho civil están también prestando cada vez más atención al desarrollo y a la interpretación de la legislación en la jurisprudencia de casos (Dainow, 1967, pp. 419, 427). Se sabe que hasta los abogados en jurisdicciones de derecho civil hacen referencia a la jurisprudencia (Junker, 2016, p. 61). Aparte de la mecánica de las fuentes consultadas, el enfoque al razonamiento también varía en cierta medida. Mientras que el razonamiento deductivo es más común en los sistemas de derecho

[21] El derecho de la responsabilidad civil representa una excepción a este respecto. Ver Junker, 2016, p. 61.

civil, el derecho común construye sus normas de manera inductiva a partir de la resolución de conflictos previos[22].

2.1. La implementación del derecho ambiental a través del derecho administrativo

La noción de una administración legal como una función jurídica independiente y con sus propias instituciones es relativamente nueva. En la cultura del derecho civil, con el agente de la aplicación de la ley integrado en el órgano legislativo como ministro, la ejecución y el cumplimiento de la ley son parte del poder legislativo del Estado. La administración complementa el cumplimiento para lograr la ejecución y aplicación de la ley. En comparación, en un sistema presidencial como el de los Estados Unidos, tres ramas independientes y separadas del Estado hacen lo que Montesquieu vislumbraba como una división equilibrada del poder estatal, con la ejecución realizada a través de una rama del Estado completamente separada. Por tanto, si ya existe un poder ejecutivo independiente, por qué se necesitarían instituciones de administración separadas[23]. La invención de instituciones adicionales para administrar el derecho estatutario, más allá de la rama totalmente independiente diseñada para ejecutar el derecho estatutario, se consideró necesaria en el siglo XX en parte debido a la necesidad de conocimientos específicos para la ejecución (Lin, 2015, p. 1467). Por consiguiente, muchos de estos organismos se consideraban como grupos de especialistas dentro

[22] También existen diferencias observables en la creación de sentidos. Los abogados de derecho civil tienen la tendencia de buscar un significado en la definición, mientras que los abogados de derecho común están abiertos a derivar el significado del uso. Ver Junker, 2016, p. 143.

[23] Las fuentes de derecho administrativo en los Estados Unidos pueden describirse como normas y facultades decisorias de las organizaciones gubernamentales fuera del poder judicial. El cuerpo de derecho administrativo abarca el derecho estatutario, las disposiciones cuasi legislativas y las órdenes cuasi judiciales. Ver Prettyman, 1958, pp. 685, 687-688.

del poder ejecutivo y tanto sus reglamentos sustantivos como sus instituciones solamente eran necesarias a discreción de los órganos ejecutivos y respondían a los órganos ejecutivos, no a las legislaturas.

Si bien la separación de instituciones se ha producido en diversos sistemas, por ejemplo, agencias ejecutivas federales y en varios estados en los Estados Unidos, así como oficinas de protección del medio ambiente —*Bundesumweltamt* en Alemania—, en sistemas parlamentarios la separación no es tan limpia y clara como dividir el poder judicial del poder legislativo. En los Estados Unidos se han hecho varios intentos para elevar la Agencia de Protección Ambiental del gobierno federal a nivel de una posición en el gabinete presidencial, pero cada esfuerzo ha fracasado. En Alemania se pueden comparar los varios intentos hechos para unificar los diversos estatutos correspondientes al aire, agua y otros asuntos ambientales, en un *Umweltgesetzbuch* (código ambiental) integral, esfuerzos que también han fracasado[24].

La administración dentro de la cultura de derecho civil se considera integrada en el sistema legislativo y, por lo tanto, cuando se dan a conocer estatutos la administración de estos estatutos está inherentemente presente[25]. En comparación y de forma bastante irónica, en los Estados Unidos, donde la separación del poder ejecutivo es completa, hay otros organismos administrativos adicionales que son independientes del Ejecutivo. Sin embargo, las agencias ambientales federales y estatales son ejecutivas y dependen del presidente y los gobernadores, respectivamente. La Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, el Servicio

[24] Aquí se podría notar la evidencia de diferencias temáticas entre los sistemas de derecho común y derecho civil. El derecho común hizo esfuerzos mediante el establecimiento de una institución y el derecho civil lo hizo estableciendo una fuente amplia de derecho.

[25] En Alemania, la jerarquía de las normas trata sobre *Verordnungen* (leyes), *Satzungen* (reglamentos), y *Verwaltungsvorschriften* (reglas administrativas) (ver Peine y Siegel, 2018, p 29). Jerarquías de normas similares son también características de otros países, por ejemplo, Eslovaquia. La legislación derivada no estatutaria en Eslovaquia consiste, entre otras cosas, en reglamentos gubernamentales, generalmente reglamentos vinculantes de los ministerios y organismos de la administración estatal.

Forestal y el Servicio de Pesca y Vida Silvestre, están todos bajo el poder ejecutivo del Estado.

El derecho administrativo ha evolucionado de manera diferente en Alemania, Brasil, Estados Unidos y China. Por comparación, en un sistema parlamentario, en el que las funciones ejecutivas forman parte del poder legislativo, hay razones adicionales más allá de la especialización que parecen aclarar aún más por qué habría de construirse instituciones administrativas separadas (Saunders, 2006, pp. 427-428). Mediante la aplicación del *praesumptio similitudinis* de Zweigert y Kötz, se puede ajustar el nivel de generalización a fin de identificar ciertas diferencias subyacentes que tienen sus raíces en la evolución histórica diferente de estas regiones. En el contexto de países como Alemania o Austria, cuya cultura jurídica tuvo influencia en gran medida en los sistemas jurídicos de Europa Central, el Estado asumió históricamente el papel de soberano, determinando lo que constituye el interés público y aclarando la distinción entre los intereses del Estado, por una parte, y los intereses privados, por otra (Szegedi, 2014, pp. 117, 121; Greve, 1989, pp. 197, 232). Un marco de referencia histórico arroja luz sobre estas diferencias. Si tomamos el ejemplo de Alemania, el derecho administrativo estaba asociado con una fuerte tradición burocrática, que servía a los intereses del Estado (Bignami, 2011, pp. 859, 864). Por otra parte, las raíces del derecho administrativo en los Estados Unidos de América sugieren que evolucionó a principios del siglo XX de manera consistente con el pensamiento del derecho común, como «el derecho de las agencias independientes, cuya forma y estructura era más una cuestión de improvisación y experimentación legislativa que de pensamiento o acción sistemática» (Greve, 1989, p. 234). Esencialmente, el propósito del derecho administrativo era permitir que la administración pública persiguiera el bien común (Bignami, 2011, p. 866). Aunque posteriormente se sistematizó también en los Estados Unidos, todavía había diferencias en cuanto a resistencia a la presión política y pública,

por ejemplo, en comparación con el derecho administrativo alemán (Greve, 1989, p. 235).

Del mismo modo, el sistema jurídico del Brasil presume que el Estado es responsable de supervisar el bienestar público, la salud, la educación y el medio ambiente, haciendo que estos temas se vuelvan de interés público. En este sistema, el derecho administrativo se utiliza para reglamentar el comportamiento de los particulares cuando se trata de asuntos públicos. Los organismos e instituciones actúan como órganos de ejecución de la ley y son los principales receptores de las denuncias privadas. Al igual que varios otros países latinoamericanos que fueron colonizados por gobiernos ibéricos, el Brasil cuenta con un órgano independiente que se encarga de proteger los intereses públicos antes de que se produzcan acciones perjudiciales, la oficina de la fiscalía. Esta institución forma parte del sistema jurídico del país y normalmente impulsa las acciones judiciales contra los infractores públicos y privados. Al mismo tiempo, la legislación también permite a los particulares perseguir la aplicación de la ley en los tribunales sin pasar por las instituciones. El instrumento utilizado se denomina «acción popular» (Pietro, 2014).

Las funciones de los organismos y cuerpos de la administración estatal podrían diferir a este respecto. En países como Alemania, donde la administración pública depende, en gran medida, del poder ejecutivo, solo existen unas pocas agencias independientes y no poseen facultades normativas comparables a las del gobierno y los ministerios[26]. La situación de las agencias en los Estados Unidos de América ha sido históricamente más independiente, ya que poseen facultades de reglamentación y competencias de ejecución (Bignami, 2011, p. 882). En contraste con la tendencia hacia una burocracia robusta en Europa continental, la creación de organismos independientes en los Estados Unidos puede verse a la luz de una ideología de gobiernos pequeños que,

[26] Por ejemplo, la Agencia Federal Alemana de Medio Ambiente (*Umweltbundesamt*) en Alemania.

históricamente, ha prevalecido en esta parte del mundo (Boughey, 2013, pp. 55, 83). Brasil presenta un sistema (casi) híbrido en el que el ejecutivo está compuesto por organismos e instituciones capaces de participar en la toma de decisiones, independientemente del poder ejecutivo (Gomes, 2015).

En China, el gobierno central y los gobiernos locales están facultados para dictar reglamentos y ordenanzas a fin de concretar las leyes para su implementación[27]. La aprobación de la primera Ley de Protección del Medio Ambiente en 1979 fue seguida y acompañada del establecimiento de organismos especializados en los gobiernos locales y centrales e incluso de agencias a niveles menores (Wang, 2017, p. 21). Sin embargo, el funcionamiento de la administración en el campo de la protección ambiental no ha estado exento de problemas. La implementación por parte del Estado en general es criticada de incoherente. Cuestiones específicas incluyen la insuficiente aplicación de la ley, la división poco clara de las competencias de administración y supervisión, el cumplimiento de los reglamentos administrativos y las leyes y la autoridad de brindar «una interpretación original sobre el proceso de administración y supervisión de la ley por parte de los tribunales y la Fiscalía Pública» (Kitagawa, 2017, p. 11). La protección ambiental compite con otros intereses y prioridades (Wang, 2017, pp. 23-24). Los funcionarios administrativos para la protección ambiental en China han expresado la necesidad de contar con un sistema vertical de supervisión del funcionamiento de control bajo el gobierno central, para resistir las presiones de los gobiernos locales (Kitagawa, 2017, p. 13)[28].

En China, el derecho ambiental ha experimentado una transición de un sistema ligero a uno más riguroso. Esta transición se remonta al decenio de 1970, cuando el acelerado desarrollo industrial comenzó a afectar visiblemente al estado del medio ambiente (Wang, 2017,

[27] Artículo 65 y artículo 73 de la Ley de la República Popular China.

[28] Kitagawa interpreta la investigación de Jin Wang, 2009.

pp. 18-20). Se ha declarado explícitamente que los acontecimientos en los Estados Unidos y el Japón influenciaron el desarrollo del derecho ambiental en la China, incluyendo la referida Ley de Protección del Medio Ambiente (Wang, 2017, p. 20). Los problemas con la ejecución de la legislación ambiental por parte de los órganos de la administración estatal de China se han visto compensados, en cierta medida, por avances prometedores en los ámbitos de los litigios y el poder judicial (Wang, 2017, p. 42). Estos avances están relacionados en gran medida con la Ley de Protección del Medio Ambiente revisada que entró en vigor en 2015 (Wang, 2017, p. 18). La inclusión de organizaciones sociales registradas entre sujetos con derecho a iniciar litigios de interés público en materia ambiental es uno de los principales puntos abordados en dicha revisión (Wang, 2017, p. 36). Esta evolución puede verse a la luz de la enmienda de la Ley de Procedimiento Civil del 2012, que concedió la posibilidad de iniciar litigios de interés público en materia ambiental a «las autoridades y organizaciones afines prescritas por la ley» (Wang, 2017, p. 31).

Desde la perspectiva de la ejecución judicial de las leyes ambientales en China, los avances en el ámbito de los litigios de interés público complementan la ejecución de las leyes ambientales mediante litigios administrativos o acciones colectivas (McElwee, 2011, p. 257). Los ciudadanos tienen la posibilidad de iniciar demandas contra los actores administrativos si sus derechos han sido violados por actos administrativos[29]. Por lo tanto, los actos administrativos concretos en la China están sujetos a revisión judicial por diversas razones. La última reforma del sistema judicial de la China ha llegado a someter a revisión judicial los actos administrativos abstractos. Aunque China tiene una situación especial en lo que respecta a la relación entre los tribunales y los órganos administrativos debido al papel del Partido Comunista, la nueva ronda de reformas se esfuerza por equilibrar la autoridad judicial y el poder

[29] Artículo 2 del Código de Derecho Administrativo de la República Popular China.

administrativo, como se ilustra en el artículo 52 de la Ley Administrativa revisada en 2015 (Changshan, 2015). Además, en 2015 el Consejo de Estado en China inició el Plan para la Reforma Piloto del Sistema de Compensación por los Daños al Medio Ambiente Ecológico. Con este plan, los gobiernos, a nivel provincial, están facultados para entablar demandas contra quienes dañan el medio ambiente, incluidas las empresas y los ciudadanos particulares (Haisong, 2019). Además, el concepto de «civilización ecológica» puede tener un efecto positivo en el cambio de la estructura económica del país y en el desarrollo de la protección ambiental, e incluso en el respeto a ciertos derechos humanos (Guohua, 2019).

El derecho ambiental en diferentes rincones del mundo ha sido permeado, hasta cierto punto, con diversas formas de requisitos de transparencia y de toma de decisiones participativas, que se examinarán detenidamente en los capítulos 7 y 9. Estos y otros avances similares crean, hasta cierto punto, un puente entre diversos países y sistemas, minimizando las diferencias entre ellos (Bignami, 2011, pp. 884-885). El papel de la divulgación de información y la participación pública en el contexto de la gobernanza ambiental ha aumentado de forma demostrable en la China (Kitagawa, 2017, p. 12). La evolución del sistema jurídico chino refleja los cambios en la sociedad. Las normas y costumbres morales reflejadas en las creencias tradicionales, como el taoísmo o el confucianismo, así como la ideología socialista del Partido Comunista, ya no son suficientes para mantener la estabilidad social en una China en rápida evolución. Por ende, las normas jurídicas han asumido el papel de uno de los principales garantes de la estabilidad (Siems, 2014, p. 81). Los mecanismos jurídicos que ofrecen posibilidades de participación pública y acceso a la justicia para los ciudadanos de China deben considerarse en contextos culturales y políticos. Por ejemplo, la noción de estabilidad social ha generado una tendencia a recurrir a la mediación como alternativa preferible al litigio (Minzer, 2011).

Algunos conceptos pueden recordar, a primera vista, las reglas de estilo occidental, pero los conceptos culturales subyacentes se ajustan a las realidades chinas. Por ejemplo, el entendimiento occidental del estado de derecho, con su énfasis en asuntos como la separación de poderes o la independencia del poder judicial, contradice esencialmente el funcionamiento de un régimen gobernado por el Partido Comunista. Por lo tanto, para resaltar la necesidad de mantener la estabilidad social, en el contexto de la China, es más apropiado referirse principalmente al gobierno por la ley en lugar del estado de derecho (Ruskola, 2002, pp. 230-231).

Abordar los temas ambientales a través de constituciones, legislación u opiniones judiciales por separado, solo proporciona reacciones y soluciones parciales a los problemas ambientales. Todos ellos tienen ciertas limitaciones y, por ello, es beneficioso considerarlos como interrelacionados e interdependientes, en la medida en que se definen sus respectivos contextos geográficos y jurídicos (Klass, 2006, p. 726). Al hacer una comparación, hay que tener en cuenta el lugar que ocupa el derecho ambiental en países de derecho civil y derecho común. Mientras el derecho ambiental en países de derecho civil pertenece en gran medida a la categoría del derecho administrativo y en un sentido más amplio a la categoría de derecho público, el derecho ambiental en países de derecho común suele implicar tanto los intereses públicos como privados, con muchos casos entablados por organismos administrativos contra particulares (Junker, 2016, p. 58)[30]. Además, cuando se piensa en la resolución de conflictos ambientales en un sistema de derecho común, como el de los Estados Unidos, hay que tener en cuenta que el litigio civil suele ser considerado como una herramienta universal para abordar los problemas sociales, es decir, el primer instinto al afrontar un problema

[30] Como señala Houck, el proceso de resolución de los problemas ambientales puede abarcar «desde los juicios con reglas formales y testimonios impugnados hasta asuntos presentándose ante el micrófono de una junta de planificación urbana que básicamente permite a la gente desahogarse» (2012, p. 426).

es intentar resolverlo mediante la acción privada. Solo si este enfoque no es suficiente, debe la ley pública y su ejecución por parte del Estado asumir el papel principal en la resolución del problema (Junker, 2016, p. 59). En países como Alemania es más característico que los conflictos ambientales sean prevenidos y se aborden con anticipación, generalmente en la fase de planificación. Por consiguiente, hay el deseo de impedir el litigio, en la medida de lo posible (Beru & Junker, 2018, pp. 62-63). Este es, de nuevo, un elemento que indica la existencia de diferencias culturales si se compara entre los países de Europa continental o América Latina con una fuerte burocracia, y el papel históricamente omnipresente del Estado como representante del interés público.

Como otro ejemplo del litigio privado que complementa la acción pública, en 2015 se derrumbó una gran represa en la ciudad brasileña de Mariana, en la que el material depositado se liberó y contaminó más de 680 kilómetros de cauce, permitiendo la entrada de 62 millones de metros cúbicos de lodo tóxico al río Doce. La empresa responsable de la represa contaba con una licencia o permiso ambiental emitido por el organismo ambiental del estado y, al mismo tiempo, estaba sometida a la aplicación de la ley de parte de agencias locales, estatales y nacionales. Poco después del colapso, la Oficina de la Fiscalía Ambiental presentó una demanda contra la empresa para que se revocaran todas sus licencias ambientales en las zonas aledañas ya que había indicios de fraude y negligencia durante el proceso de concesión de licencias a empresas similares. Paralelamente, los tres niveles de órganos ambientales del ejecutivo (local, estatal y nacional) impusieron varias sanciones administrativas monetarias en la medida en que el lodo tóxico atravesó las jurisdicciones administrativas de varios distritos, municipios y propiedad federal. Una vez evaluados los daños y perjuicios, la Oficina de la Fiscalía Ambiental presentó una nueva demanda contra la empresa, en la que exigía una indemnización por los daños ambientales causados en el río Doce y solicitaba medidas inmediatas para la de recuperación ambiental y por daños morales colectivos en nombre de las comunidades

afectadas. Al mismo tiempo, varias familias afectadas por el accidente que perdieron casas, fuentes de ingresos, familiares, etcétera, también impusieron demandas privadas contra la empresa para solicitar una compensación por sus pérdidas (Meneghetti, 2018). En resumen, lo que podemos derivar de este ejemplo es que los daños ambientales en Brasil son tratados como de interés público y, por lo tanto, están protegidos por el Ministerio Público y los organismos encargados de hacer cumplir la ley. Un particular no está autorizado a presentar demanda a nombre de esta institución para proteger los intereses públicos, salvo en el caso exclusivo de acciones populares. No obstante, un particular puede interponer una demanda por las pérdidas y daños derivados de un daño ambiental en el ámbito privado (ver Machado, 2016).

2.2. Permisos

Evidentemente los permisos no son una fuente de derecho de por sí, pero constituyen la base de gran parte del trabajo de los abogados e ingenieros ambientales, por lo que deben estar incluidos en la reflexión de este capítulo sobre la asignación de funciones ambientales gubernamentales. Aunque la ciencia teórica del derecho ambiental podría comenzar con la autorización constitucional, a partir de la cual las legislaturas elaboran leyes y delegan poderes a las agencias que, a su vez, elaboran reglamentos y emiten permisos, es probable que un ciudadano y su abogado en ejercicio se encuentren con el derecho ambiental a la inversa. Es decir, un ciudadano se enfrenta muy a menudo con la necesidad de saber primero si una ley en un área de interés, como el vertido de aguas residuales, requiere de un permiso. Si requiere un permiso, el ciudadano tendrá que cumplir los requisitos del permiso, una vez que el Estado haya aprobado la solicitud. Incluso si no se requiere un permiso, los detalles técnicos necesarios para saber cómo cumplir con la ley se encontrarán en las regulaciones y no en la ley. En pocas palabras, un académico podría debatir las fuentes del derecho, desde la constitución hasta la legislación,

el reglamento y el permiso, pero un practicante se encontrará primero con el permiso, luego el reglamento, la ley y solo en contadas ocasiones con una constitución.

El permiso es un puente entre las normativas y su cumplimiento. En muchas culturas, cuando se introdujo una ley ambiental imponiendo normas sobre emisiones y efluentes a las industrias, estas respondieron diciendo que no podían continuar produciendo con tales limitaciones. Si la industria estuviera produciendo algo que se considere esencial para la cultura, como electricidad o el petróleo refinado, el Estado permitiría a la industria continuar bajo la promesa de que reorientarían las investigaciones para reducir la contaminación. Con esta promesa, el Estado permitió cantidades limitadas de contaminación durante periodos de tiempo limitados. La capacidad del Estado para emitir un permiso fue creada típicamente desde la legislación, cuyos detalles eran luego construidos por los ingenieros de permisos del Estado en las regulaciones ambientales. Los operadores podían solicitar un permiso, siempre que su solicitud cumpliera con los requisitos de la normativa. Los ingenieros del Estado revisaban estas solicitudes y las denegaban o concedían, o exigían materiales, diseños o procesos diferentes o nuevos, para trabajar según el calendario y cumplir los objetivos del Estado de reducción de la contaminación en nombre de los ciudadanos que beben el agua y respiran el aire. Históricamente, ningún Estado creó el derecho a un permiso estatal ni el concepto de permiso fue creado como un ejercicio indefinidamente repetible que permitiera que la contaminación perjudique a los ciudadanos, al ambiente o ambos.

Un permiso puede ser un permiso de impacto ambiental general o un permiso específico para un medio contaminante, como un permiso de calidad del aire o un permiso de calidad del agua. Hay muchas características en las que puede diferir lo que se denomina «permiso». Por ejemplo, en la China, un permiso de contaminación atmosférica se puede transferir de un operador a otro, pero en Estados Unidos un permiso no es transferible, al igual que no lo es una licencia (Yuan, 2016).

En Alemania, la licencia de construcción es a menudo el instrumento utilizado para abordar los asuntos ambientales, por lo que los juristas alemanes suelen considerar el derecho ambiental como un tema propio del área conocida como *Bau und Planungsrecht* (ley de construcción y planificación)[31]. La licencia de construcción alemana se expide si un proyecto propuesto, de realizarse, no entra en conflicto con el derecho público. Al igual que otras normas de derecho público, esto afecta a las normas de derecho ambiental, ya que forman parte principalmente del derecho administrativo público. En Alemania, hay una excepcional variedad de proyectos que pueden realizarse bajo el concepto de «construcción» y, por lo tanto, todos están regulados por la licencia de construcción. Un ejemplo es la licencia de construcción en el contexto de un plan de desarrollo.

Existen varias etapas en el proceso de planificación durante las cuales el solicitante del plan de desarrollo debe abordar cuestiones ambientales. En la primera etapa, antes de concederse una licencia de construcción, hay que considerar la planificación del uso de suelo[32]. La función es preparar y controlar el uso de suelo dentro de un municipio, para edificios u otros fines, de acuerdo con la Ley de Ordenación del Territorio. Esta es la primera etapa en la que deben considerarse los temas ambientales. La sección 1 VI del Baugesetzbuch (Código de la Construcción) enumera diferentes requisitos para la preparación y el control del uso de suelo dentro de un municipio, como las necesidades sociales y culturales de la población (§ 1 VI N° 3 del Código de la Construcción). Además, hace hincapié en los intereses de la protección ambiental, incluyendo la conservación y la gestión de paisajes (§ 1 VI N° 7 del Código de la Construcción). La sección 1 VI N° 7 del Código de la Construcción

[31] Dado que la competencia legislativa en materia de permisos de construcción corresponde a los estados, siempre que se habla de un permiso de este tipo en este texto se hace referencia a § 74 *Bauordnung* RN-W (Reglamento de Construcción del estado de Renania del Norte).

[32] Ver § 1 del Código Federal de Construcción (*Baugesetzbuch*).

menciona diferentes inquietudes ambientales, como la prevención de emisiones y la gestión adecuada de residuos y las aguas residuales. Aquí es donde hay que tener en cuenta las diferentes leyes ambientales, como la *Bundesimmissionsschutzgesetz* (Ley Federal de Protección de Inmisiones) o la *Bundesnaturschutzgesetz* (Ley Federal de Protección de la Naturaleza). En aras de la protección ambiental, el municipio debe realizar una auditoría del medio ambiente, además de una estimación de los impactos ambientales significativos. En una segunda fase, el Plan de uso del suelo es la base para el plan de desarrollo, que contiene las normas jurídicamente vinculantes para la planificación urbanística. En última instancia, la concesión de una licencia de construcción dependerá de los requisitos del plan de desarrollo. Se expedirá la licencia de construcción si es conforme con la ley pública.

Si nos centramos en la India, nos damos cuenta de que una cultura jurídica diferente da lugar a cambios en la terminología y las vías de procedimiento utilizadas en el proceso de concesión de permisos. Por ejemplo, en la India el proceso de autorización implica la solicitud y concesión de una «licencia». La legislación contiene «listas» con varios tipos de formularios que los propietarios de actividades industriales deben llenar debidamente con detalles como el uso del agua, la producción de efluentes y la presencia de instalaciones de tratamiento para obtener con éxito las licencias del órgano regulador del control de la contaminación o de las autoridades municipales. Por lo tanto, en la fase en la que puede producirse o prevenirse la contaminación, a menudo es la interacción entre la industria y las autoridades, basada en reglamentos y formularios, la que desempeña un papel más importante en la marcha del derecho ambiental, en contraposición al cometido más amplio del derecho constitucional o la legislación.

3. Obligaciones del derecho común

Volvemos ahora a los remedios privados y obligaciones del derecho común para ver de qué manera se puede complementar el derecho ambiental público, en lugar de considerar el derecho privado como su predecesor histórico. En el derecho común, las acciones por molestias pueden tomarse cuando un individuo interfiere en la tranquilidad y disfrute de la propiedad de una persona (molestias privadas), o en la tranquilidad y disfrute de la propiedad de toda una población o subgrupo de la población (molestias públicas). Como veremos con más detalle en el capítulo 10, las molestias del orden público son también un delito. Es a través de esta conexión de obligaciones privadas y delitos que vemos por qué el derecho común separa las obligaciones por daños extracontractuales de las obligaciones contractuales de forma tan fundamental.

3.1. Daños públicos

El concepto de molestia pública ha sido utilizado en casos de contaminación del aire. Por lo tanto, la aplicación de las molestias públicas a cuestiones relacionadas con el cambio climático es una evolución natural (Blomquist, 2012, p. 1056). Se han interpuesto juicios en el ámbito privado con la intención de reducir el nivel de emisiones de gases de efecto invernadero (Latham, 2011, p. 760). El incentivo para dar pasos en esta dirección puede verse en la necesidad de exigir el cumplimiento de la legislación y reglamentos, así como en la frustración y el descontento con las leyes y reglamentos existentes, su falta o la indiferencia intencional de un gobierno por el clima para obtener un oportuno beneficio político (Kysar, 2011, pp. 1, 9). Sin embargo, la utilización del derecho de la responsabilidad civil para hacer frente al cambio climático requiere superar ciertas limitaciones inherentes a la naturaleza de este derecho. Dado que una demanda por daños requiere pruebas de causalidad, jurisdicción geográfica sobre el asunto y la posibilidad de calcular los

daños, su aplicación a un problema global como el cambio climático es problemática (Latham, 2011, p. 761). Las emisiones de gases de efecto invernadero «de origen difuso y dispar, de efecto retardado y entramado […] representan el paradigmático acto lesivo» (Kysar, 2011, p. 4). Uno de los principales problemas es la necesidad de demostrar que las emisiones de un demandado contribuyeron directamente al cambio climático, que es causado por múltiples personas y reacciones atmosféricas (Grossman & Burns, 2009, p. 217). El tema, con distintas entidades involucradas con el cambio climático, no puede ser visto de forma análoga a los casos en el contexto del asbesto que los tribunales de Estados Unidos tienden a ver como indivisible, lo que desencadena una responsabilidad conjunta y solidaria por el daño causado al demandante por los demandados (Kysar, 2011, pp. 51-52).

Los asuntos relativos al cambio climático ya se han litigado ante los tribunales nacionales en jurisdicciones de derecho común y de derecho civil, incluidos los Estados Unidos, los Países Bajos y Alemania. Uno de los principales obstáculos subyacentes en estos litigios es la prueba aceptable de evidencia de la causalidad —o la falta de ella— entre el cambio climático y el daño.

En el caso *Pueblo Nativo de Kivalina contra ExxonMobil Corp*[33] los demandantes argumentaron ante un tribunal federal de los Estados Unidos que la disminución del hielo marino que protege la costa de Kivalina de las tormentas invernales provocaría el costoso traslado de los residentes de Kivalina[34]. Los demandantes reclamaban daños a veinticuatro compañías. Su demanda se basaba en una reclamación de derecho común por molestias derivadas de las emisiones de dióxido de carbono y gases de efecto invernadero, que contribuyen al calentamiento

[33] *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp*., 663 F. Supp. 2d 863 (N.D. Cal. 2009).

[34] El Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos calculó que el costo de la reubicación sería entre US$ 95 y 400 millones. Ver *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp*., 663 F. Supp. 2d 869 (N.D. Cal. 2009).

global en general y, más específicamente, al deterioro de las condiciones de vida de los habitantes de la costa de Kivalina. Ciertas partes de este reclamo de los demandantes, especialmente los posibles daños a la infraestructura debido a la exposición a tormentas asociadas a la pérdida de hielo marino, constituyeron la base de la causalidad en la demanda (Kysar, 2011, p. 28). Una de las cuestiones fundamentales en el caso era si una reclamación por molestias de este tipo caería dentro de la jurisdicción por la materia del tribunal o debería ser denegada por tratarse de una mera cuestión política[35]. En los Estados Unidos, la doctrina de las cuestiones políticas interpreta el principio de separación de poderes en el sentido de que si las cuestiones planteadas ante un tribunal son de naturaleza política, entonces no deberían de ser admitidas sino abordadas por poderes del estado distintos del poder judicial[36]. El tribunal determinó que una decisión que atribuyera el coste del calentamiento

[35] *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp*., 663 F. Supp. 2d 869 (N.D. Cal. 2009), en 868, 869.

[36] La determinación de si la demanda es no justiciable y de naturaleza política se basa en el hecho de si el tribunal necesita tomar una decisión política de carácter legislativo en contraposición al análisis jurídico y fáctico, que normalmente se requiere y se espera del tribunal para resolver un conflicto. *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp*., 663 F. Supp. 2d 871 (N.D. Cal. 2009); ver también *E.E.O.C. v. Peabody Western Coal Co*., 400 F.3d 774, 785 (9th Cir.2005). Más concretamente, la llamada doctrina Baker reitera lo anterior al enfatizar la necesidad de respetar las disposiciones constitucionales sobre separación de poderes a este respecto. Para detectar si un reclamo implica principalmente una cuestión de naturaleza política, el tribunal debe evaluar si se trata de: un compromiso constitucional textualmente demostrable del tema a un departamento político coordinado; o la falta de estándares judiciales y manejables para el descubrimiento y para resolver; o la imposibilidad de decidir sin una determinación política inicial de algún tipo claramente para la discreción no judicial; o la imposibilidad de que un tribunal emprenda una resolución independiente sin expresar la falta de respeto a los poderes coordinados del gobierno; o una necesidad inusual de adhesión incuestionable a una decisión política ya tomada; o la posibilidad de una situación embarazosa por los múltiples pronunciamientos de varios departamentos sobre un tema. Ver *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp*., 663 F. Supp. 2d 871 (N.D. Cal. 2009), pp. 871, 872; ver también Baker, 369 U.S., p. 217, 82 S. Ct. 691.

global solo a los demandados nombrados por los demandantes sería de naturaleza política. El tribunal declaró, además, que, si la contribución de los demandados al cambio climático era más significativa que la de otros, le corresponde a al poder ejecutivo y legislativo, y no al tribunal, determinarlo[37].

Para determinar si la naturaleza de la demanda era suficiente para calificarla como una alteración del orden público, el tribunal reiteró la necesidad de considerar si la acción del demandado representaba «una interferencia no razonable con un derecho común al público en general»[38]. El tribunal razonó que al aplicar la doctrina de la pregunta política, el hallazgo de una alteración del orden público en el caso habría exigido una decisión política del tribunal para establecer límites a las emisiones de gases de efecto invernadero[39]. Con respecto a la causalidad, el tribunal distinguió otros casos de contaminación del agua o del aire del reclamo planteado por los demandantes en el caso. Mientras en otros casos era posible cumplir el requisito de la causalidad y rastrear las fuentes específicas de contaminación a zonas concretas, los reclamos relativos al cambio climático y a las emisiones de gases de efecto invernadero eran suficientemente diferentes en la medida en que todo el planeta es afectado por fuentes de contaminación que no pueden ser aisladas con tanta facilidad como en otras situaciones de contaminación del agua y del aire[40].

---

[37] *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 871 (N.D. Cal. 2009), en 876, 877.

[38] Para concluir si una interferencia es irrazonable, es necesario evaluar «la gravedad del daño contra la utilidad de la conducta». Ver *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 871 (N.D. Cal. 2009), p. 874.

[39] *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 871 (N.D. Cal. 2009), pp. 876, 877.

[40] *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 871 (N.D. Cal. 2009), p. 876.

Al final, el tribunal de primera instancia desestimó el caso Kivalina, frustrando así el intento de utilizar la responsabilidad civil para abordar el cambio climático. En la apelación, los demandantes volvieron a perder y el tribunal hizo hincapié en que los demandantes deben abordar el cambio climático a través del poder legislativo o ejecutivo, no del poder judicial[41]. Además, el Tribunal de Apelaciones concluyó que dichas demandas deben ampararse en la fuente del derecho público de la Ley de Aire Limpio para obtener una reparación y no en una demanda de derecho común sobre molestias públicas (Davies, 2013, p. 1). Pero la Ley de Aire Limpio no aborda el cambio climático ni ofrece remedios para los ciudadanos privados (Davies, 2013, p. 8). Sin duda el tribunal también estaba consciente de que, por razones políticas, el Congreso de los Estados Unidos no había promulgado legislación sobre el cambio climático, por lo que dejó a los demandantes sin remedio, en un acto que también podría ser calificado como político.

Otro ejemplo de los Estados Unidos es el litigio sobre el cambio climático en *Washington Environmental Council v. Bellon*[42]. En ese caso, los grupos ambientalistas interpusieron una demanda para obligar a las autoridades estatales a regular las emisiones de gases de efecto invernadero derivadas de las refinerías de petróleo[43]. Los demandantes alegaron que el daño incluía el riesgo de sufrir daños a futuro, haciendo que sus vidas sean menos agradables y satisfactorias debido a la degradación ambiental[44]. El tribunal consideró que en los argumentos de los demandantes no se identificó una contribución significativa de las emisiones de las refinerías petroleras y no demostraron causalidad entre la falta de controles estatales

[41] Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil Corp*., No.09-17490 D.C. No. 4:08-cv-01138-SBA. Opinión del juez Thomas.

[42] *Washington Environmental Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131 (9º Circuito 2013).

[43] *Washington Environmental Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131, 1142 (9º Circuito 2013); ver también Harvard Law Review 2015, pp. 2256, 2267.

[44] *Washington Environmental Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131, 1140 (91 Circuito 2013).

y los daños reclamados por los demandantes[45]. El análisis de causalidad en el caso giró principalmente en torno a la cuestión de si había pruebas suficientes para demostrar la causalidad (HLR, 2015, pp. 2256; 2267). El tribunal afirmó que el problema asociado con la causalidad general y específica en los casos de cambio climático reside en el hecho de que, incluso en una situación en la que un demandante consigue demostrar una causalidad general entre el daño y las emisiones de gases de efecto invernadero, sería casi imposible demostrar una causalidad específica que vincule el daño a demandados específicos (Abelkop, 2013, p. 47; HLR, 2015, pp. 2256, 2267). El tribunal del caso no puso en duda la realidad del cambio climático, y su premisa básica fue que las emisiones de gases de efecto invernadero sí están contribuyendo al cambio climático[46]; sin embargo, uno de los requisitos que establecía la legitimación de los demandantes del caso residía también en su capacidad para demostrar que el supuesto daño estaba vinculado causalmente o, eventualmente, «medianamente rastreable» a la supuesta mala conducta por parte de las autoridades estatales para regular las emisiones[47]. Para haber tenido éxito, los demandantes también hubieran tenido que demostrar que el remedio repararía el daño, cosa que tribunal consideró no ocurriría[48].

Las sentencias judiciales de *Urgenda Foundation v. the State of Netherlands* suponen un avance en el litigio sobre el cambio climático[49]. El caso no fue presentado contra una industria o una empresa, sino contra el gobierno holandés, debido a su incapacidad de mitigar el cambio climático. Si Urgenda y los 900 ciudadanos holandeses hubieran recurrido a la vía administrativa, el único remedio disponible hubiera sido evaluar

[45] *Washington Environmental Council v. Bellon*, p. 1142; ver también Harvard Law Review, 2015, pp. 2256, 2267.

[46] *Washington Environmental Council v. Bellon*, 732 F.3d 1131, 1135-36 (9th Cir. 2013).

[47] *Washington Environmental Council v. Bellon*, p. 1141.

[48] *Washington Environmental Council v. Bellon*, p. 1146.

[49] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015.

la actuación del gobierno en su cumplimiento con las leyes y reglamentos ambientales existentes (Cox, 2016, pp. 323, 326). La reclamación en este caso fue doble. Por un lado, existe una dimensión internacional basada en los reclamos sobre derechos humanos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente sus artículos 2 y 8[50]. El tribunal también consideró las obligaciones emanadas de la legislación de la Unión Europea y obligaciones del derecho internacional[51]. Con respecto a los reclamos sobre derechos humanos, el tribunal rechazó la demanda sobre esta base (Lambrecht & Iuarte-Lima, 2016, pp. 57, 61). El tribunal resaltó los avances de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos demostrando la tendencia del derecho de los derechos humanos y el derecho ambiental de «reforzarse mutualmente»[52]. Por otra parte, apuntó al fracaso del gobierno en adoptar medidas de mitigación adecuadas mediante la legislación nacional sobre daños, argumentando que hubo incumplimiento del deber de cuidado (ver también Jodoin & Duyck, 2018).

Al debatir la demanda por el deber de cuidado, el enfoque del tribunal hacia el derecho de daños se podía detectar cuando relacionó las doctrinas de negligencia peligrosa con el cambio climático peligroso, articulando la necesidad de ampliar el entendimiento de lo que significa actuar de forma negligente hacia la sociedad[53]. Al reconocer el poder del Estado para determinar la política climática nacional, el tribunal declaró que los objetivos y principios incorporados en los documentos y acuerdos que regulan el tema del cambio climático, así como los incluidos en el

[50] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015, para. 3.2, 4.3.5.

[51] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015, para. 4.38-4.44.

[52] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015, para. 4.48.

[53] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015, para. 4.54.

Derecho de la Unión Europea, se deben considerar y cumplir cuando se implementa el alcance de la formulación de políticas y deber de cuidado en el contexto del cambio climático[54]. Teniendo en cuenta que los Países Bajos participaron en los acuerdos sobre el cambio climático y en acciones políticas emprendidas bajo los auspicios de la Naciones Unidas y la Unión Europea, el Estado tenía que haber sido consciente de los riesgos asociados al cambio climático (Heisaken & Duyk, 2018)[55].

Según el razonamiento del tribunal, para cumplir con el deber de cuidado en este caso, el Estado debe emprender medidas de mitigación como prioridad ante las medidas de adaptación, en la mayor medida posible y a la mayor brevedad[56]. El objetivo de reducir la mitigación para 2020 a menos del 25% en comparación con el año 1990 se consideró negligente[57]. En este sentido, se estableció un vínculo causal entre el cambio climático global y su impacto en las condiciones de vida en los Países Bajos y las emisiones de gases de efecto invernadero holandeses. El tribunal señaló además que hasta una cantidad limitada de emisiones producidas en los Países Bajos contribuye al cambio climático global y debe ser abordada adecuadamente[58].

[54] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015, para. 4.55.

[55] Es interesante ver este enfoque del tribunal holandés en comparación con el caso Kivalina y la doctrina de la cuestión política antes mencionada. El tribunal holandés no consideró que su sentencia infringiera el principio de separación de poderes al entrar en el área de la elaboración de políticas, sino que era un paso para el cual «tenía una legitimidad democrática para prestar protección legal, también contra las autoridades gubernamentales». Ver Lambrecht, 2016, p. 61.

[56] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13–1396, sentencia del 24 de junio de 2015, para. 4.73, 4.75.

[57] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, p. 4.93.

[58] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, p. 4.90.

La sentencia original del Tribunal de Distrito de La Haya en el caso fue confirmada por el Tribunal de Apelación en octubre de 2018[59]. Aunque el caso Urgenda representa progreso y un paso adelante a la hora de evaluar el enfoque y el papel de los tribunales a nivel nacional en el contexto de los esfuerzos globales para combatir el cambio climático, hay que tener en cuenta que el tribunal solo consideró el umbral más bajo de los esfuerzos exigidos a los Estados por los tratados internacionales. Un enfoque tan minimalista sería insuficiente para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París (Robiou du Point, 2018, p. 2).

3.2. Daños privados

Históricamente, los reclamos por daños basados en la degradación ambiental no han representado un obstáculo serio para la industrialización (Dewees, 1992, pp. 425, 428). Sin embargo, hay algunas instancias en las que la ley pudo ofrecer ciertas protecciones ambientales sobre la calidad del aire o del agua, o contra ruidos excesivos (Chalifour & Duyck, 2018). Una molestia pública puede caracterizarse como una «interferencia no razonable en el derecho común del público en general» y una acción para enfrentarlo puede ser iniciada tanto por las autoridades como por los ciudadanos privados que hayan sufrido un daño distinto al que sufre el público en general (Latham, 2011, p. 751). Algunos han cuestionado el potencial de una molestia pública para abordar cuestiones como el cambio climático, afirmando que no se trata de un daño, sino una forma de acción pública que requiere de la autoridad y la orientación del poder legislativo para determinar las limitaciones y barreras (Davies, 2013, pp. 1, 7). El daño privado representa «una interferencia no razonable en el uso o disfrute de la propiedad de un individuo», que también se refiere a cuestiones ambientales, como actividades que contaminan el

[59] *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, 200.178.245/01, C/09/456689/ HA ZA 13–1396, sentencia del 9 de octubre de 2018.

aire o a la tierra (Latham, 2011, p. 752; Blomquist, 2012, p. 1056). La palabra operativa en un caso de molestia privada es «la tierra», lo que significa que la causa de acción depende de cómo se vea afectado el disfrute del propietario de tierra. Al tratarse de un enfoque claramente antropocéntrico, las demandas por daños privados tienen un alcance muy limitado, por no mencionar la dificultad para demostrar la causalidad fáctica y jurídica[60]. A pesar de sus limitaciones, la molestia pública parece representar una opción más factible para abordar también los daños y peligros más remotos y complejos de naturaleza pública (Kysar, 2011, p. 124). Sin embargo, hoy en día la mayoría de las causas de acción del derecho común por molestias públicas están codificadas, mayormente por leyes penales (Schwartz, 2010, p. 833). Desde una perspectiva ecológica, una de las limitaciones de la molestia pública se apoya en su visión restrictiva de «vecino».

Un asunto transfronterizo relacionado con las molestias fue llevado ante los tribunales alemanes en el caso de Huaraz. El demandante en el caso era dueño de una propiedad en la ciudad peruana de Huaraz, situada en las proximidades del lago-glaciar Palcacocha. Los riesgos asociados al progreso del cambio climático incluyen la posibilidad de aumentos del

[60] La causalidad fáctica requiere que el demandante demuestre que algo tiene un vínculo causal con un daño. En este caso, se aplica la prueba «de no ser por», preguntando, por ejemplo: De no ser por las emisiones CO_2 del demandado en Eslovaquia, ¿habría dañado el incendio forestal mi casa en California? Suponiendo que se puede vincular una cadena causal con el demandado, el demandante aún tiene que demostrar la causalidad legal. La causalidad legal requiere que se demuestre la «causa próxima», sin una causa interviniente sustitutoria en el intermedio. El demandante debe demostrar que las emisiones de CO_2 del demandado fueron un factor sustancial que contribuyó al cambio climático que secó mi región (a 9600 km. de distancia), provocando así el incendio forestal. Teniendo en cuenta que hay millones de emisores de CO_2 entre Eslovaquia y California, al demandante californiano le resultaría casi imposible demostrar que las emisiones eslovacas (o las de cualquier individuo para tal caso) contribuyeron «sustancialmente» al daño.

nivel del mar y avalanchas que podrían dañar la casa del demandante[61]. El demandante presentó una demanda contra la empresa R.W.E. que, junto con sus compañías afiliadas dispersas por todo el mundo, habrían contribuido a las emisiones de gases de efecto invernadero antropogénicas globales causadas por la electricidad producida por la quema de combustibles fósiles. La demanda estuvo basada en el artículo § 1004 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemán), que permite exigir la eliminación de una interferencia en el uso de su propiedad y solicitar una orden judicial para impedir nuevas interferencias[62]. El demandante argumentó, entre otras cosas, que la existencia del cambio climático global es indiscutible en Alemania y la *Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz* de Alemania (Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero) se menciona como ejemplo a este respecto. A pesar de que la compañía matriz de R.W.E. tiene su sede en Alemania, fue identificada por el demandante sobre la base de que las principales decisiones relativas a sus subsidiarias las toma la compañía matriz. Por esta razón, el demandante opinó que R.W.E. debería haber asumido la responsabilidad. La posibilidad de probar el caso ante los tribunales

[61] Demanda por Saúl Ananías Luciano Lliuya del 23 de nov. de 2015, 2 (traducción no autorizada proporcionada por Germanwatch e.V.), https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/file s/announcement/20822.pdf (última actualización el 13 de noviembre de 2018). La versión alemana puede ser descargada aquí: https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/19019.pdf (última actualización el 13 de noviembre de 2018).

[62] Conforme a § 1004: «Si la propiedad se ve afectada de una otra manera que no sea a través de la privación o retención de la posesión, puede el propietario exigir del causante (inquilino) la supresión del perjuicio. Existen más perjuicios de los cuales se tendría que encargar, entonces el propietario puede hacer la denuncia por descuidos (descuidar la propiedad). Esta demanda no se podrá dar si el propietario se ha comprometido a la tolerancia» [*wird das Eigentum in anderer Weise als durch die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist*] (Trad. del ed.).

alemanes estaba basada principalmente en el artículo 7 del Reglamento Roma II, que permite al demandante fundamentar una demanda en la ley de origen de la molestia, es decir, Alemania en este caso[63]. La relevancia de la Directiva sobre Responsabilidad Medioambiental de la Unión Europea[64] y de la *Umwelthaftungsgesetz* (Ley de Responsabilidad Ambiental) a este respecto también fue citada por el demandante. En la opinión del demandante, el vínculo entre las emisiones relacionadas con el cambio climático y el riesgo de inundaciones en el caso se pudo determinar como el resultado de la causalidad cumulativa, es decir, la acumulación de todas las contribuciones que causaron el deterioro del uso de la propiedad.

La demanda formulada se amplió gradualmente para ordenar al demandado que asuma los costes de las medidas preventivas para proteger la propiedad del demandante o que tomara las medidas adecuadas para reducir el volumen de agua del lago Palcacocha, que contribuyera a las medidas preventivas pagando una contribución monetaria a la asociación de autoridades locales, o finalmente que pagara una suma única al demandante[65]. El *Landesgericht* (Tribunal Regional) de Essen desestimó los reclamos del demandante por no ser suficientemente precisos, identificables y ejecutables y, por otro lado, desestimó la afirmación de que el demandado había causado la alteración de conformidad con el artículo

[63] Conforme a § 32a of the Zivilprozessordnung (Reglamentos de Procedimiento Civil), la jurisdicción en los casos ambientales se determina por el lugar donde se originó el daño, que es aplicable también en los casos de internacionales. Ver Frank, 2017.

[64] Directiva 2004/35/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril de 2004, sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la Prevención y Reparación de Daños Medioambientales.

[65] Tribunal del Distrito de Essen, sentencia del 15 de diciembre de 2016 en el caso del Sr. Saúl Ananías Luciano v. RWE AG, No. 2 O 285/15, pp. 3-4 (traducción no autorizada proporcionada por Germanwatch e.V.), https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf (última actualización el 13 de noviembre de 2018). La versión alemana puede ser descargada aquí: https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/19023.pdf (última actualización el 13 de noviembre de 2018).

§ 1004 del Código Civil Alemán. Las evidencias en el caso tampoco eran suficientes para establecer la causalidad legal entre la contribución del demandado a las emisiones de gases de efecto invernadero y el riesgo de inundaciones. El concepto de causalidad acumulativa[66] se basaba en el demandado, asumiendo que la ausencia teórica de una de las causas sería suficiente para revertir el daño[67]. El tribunal razonó que, debido a que las emisiones de R.W.E. representaban solo una fracción de las emisiones de gases de efecto invernadero globales, su ausencia no alteraría el riesgo de inundación en el caso y, por ende, no se cumpliría la condición *sine qua non*[68]. Percibiendo la causalidad desde otra dirección, las emisiones del demandado por sí solas, tampoco aumentarían sustancialmente la probabilidad de que se produzcan fenómenos climáticos, como el riesgo de inundación en este caso[69].

---

[66] Como señaló Will Frank, el abogado que trabajó el caso en nombre del demandante, similar al contexto del caso Kivalina, la responsabilidad conjunta y solidaria sería denegada ante los tribunales alemanes de forma similar que ante los tribunales de Estados Unidos Ver Will Frank, The Huaraz Case (Lluiya v. RWE) – German Court Opens Recourse to Climate Law Suit Against Big CO_2 Emitter, Climate Law Blog (7 de diciembre de 2017), https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluiya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-c o2-emitter/ (última actualización el 10 de noviembre de 2018).

[67] Tribunal Distrital Superior Düsseldorf, NJW 1998, 3720, en el Tribunal Distrital de Essen, sentencia del 15 de diciembre de 2016 en el caso del Sr. Saúl Ananías Luciano v. RWE AG, No. 2 O 285/15, p.6 (traducción no autorizada proporcionada por Germanwatch e.V.), https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf(última actualización el 13 de noviembre de 2018).

[68] Tribunal Distrital de Essen, sentencia del 15 de diciembre de 2016 en el caso del Sr. Saúl Ananías Luciano v. RWE AG, No. 2 O 285/15, p. 6 (traducción no autorizada proporcionada por Germanwatch e.V.), https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf (última actualización el 13 de noviembre de 2018). *Conditio sine qua non* es similar a «pero para la regla» en el derecho común. Por causalidad se supone que el autor del daño es responsable de un perjuicio indivisible que no sería visible sin el incumplimiento. Ver Frank, 2017.

[69] Tribunal del Distrito de Essen, sentencia del 15 de diciembre de 2016 en el caso del Sr. Saúl Ananías Luciano v. RWE AG, No. 2 O 285/15, p. 7 (traducción no autorizada

En contraste con el razonamiento del tribunal inferior, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Regional Superior) en Hamm no rechazó el reclamo presentado. El Tribunal Regional Superior consideró que el reclamo era lo suficientemente preciso como para ser considerado. Con respecto a la causalidad entre el cambio climático y el riesgo de inundación, el Tribunal Regional Superior sostuvo que una decisión sobre este punto solo podía hacerse sobre la base de evidencia y rechazó las conclusiones categóricas formuladas por el tribunal en primera instancia[70]. El abogado que representaba al demandante afirmó que debería ser posible demostrar la causalidad en el caso de acontecimientos de «evolución lenta» asociados al cambio climático, como el aumento del nivel del mar o el deshielo de los glaciares. Del mismo modo, el reclamo del demandado de que sus emisiones eran solo una fracción insignificante de las emisiones de gases de efecto invernadero mundiales fue refutado señalando que suponen aproximadamente el 0,5% de las emisiones globales, lo cual, para tener una idea del contexto, equivale a las emisiones totales de los Países Bajos. Visto en este contexto, así como en el caso de Urgenda, las emisiones de esta magnitud obviamente no son insignificantes (Frank, 2017). En setiembre de 2018, el Tribunal Regional Superior de Hamm designo a expertos para determinar si los supuestos daños suponían una amenaza grave para la propiedad del demandante[71].

proporcionada por Germanwatch e.V.), https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf

[70] Orden de la Corte Regional de Hamm, señor Saúl Ananías Luciano v. RWE, p.2, para.1 (traducción no autorizada proporcionada por Germanwatch e.V.), https://germanwatch.org/sites/germa nwatch.org/files/announcement/21168.pdf

[71] Germanwatch, The «Huaraz Case» at a Glance, https://germanwatch.org/en/huaraz

3.3. Negligencia

Las acciones por negligencia pueden incluirse en la categoría de elementos de justicia correctiva del derecho de responsabilidad civil extracontractual por daños (Shmueli, 2015, p. 751). El incumplimiento del deber de cuidado es decisivo a este respecto, independientemente del eventual interés patrimonial (Dewees, 1992, p. 428). El incumplimiento de un deber de cuidado puede ser decisivo a la hora de decidir la responsabilidad de un demandado. Para probar la negligencia, el demandante debe demostrar que se ha infringido un deber de cuidado establecido. El énfasis puesto en el deber de cuidado puede ser caracterizado «como una norma legal impuesta judicialmente» (Abelkop, 2013, p. 395). Las leyes o reglamentos pueden establecer un deber de cuidado[72]. Por ejemplo, el hecho de no evaluar y reducir los riesgos de daños, o remediar un daño al medio ambiente o un daño como resultado de la exposición a sustancias peligrosas liberadas en el medio ambiente, pueden constituir incumplimientos de los deberes de cuidado (Latham, 2011, p. 532). Incluso así, la aplicación de la molestia y negligencia requiere la identificación del contaminador, prueba de la causalidad entre la actividad contaminante y el daño y la cuantificación de los daños a personas y bienes, que puede resultar particularmente difícil en casos ambientales más complejos (Latham, 2011, pp. 753-754; Dewees, 1992, pp. 429-430). El concepto del deber de cuidado también está en evolución. Los avances científicos que aumentan la previsibilidad del impacto negativo sobre el medio ambiente como resultado de las emisiones de los automóviles, así como los riesgos asociados al cambio

[72] En este sentido, también puede ser interesante considerar la sugerencia de Kysar: considerar si los instrumentos internacionales como la Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático no podrían estipular las normas del deber de cuidado ordinario en asuntos relacionados con el cambio climático. Sobre la evolución del derecho de daños y lo que significa actuar responsablemente en la era del Antropoceno, (Kysar, 2011, pp. 56-57).

climático, junto con el progreso de opciones tecnológicas y de diseño, pueden contribuir a la evolución de estándares para normas del deber de cuidado que deben esperar sean impuestas y se cumplan por los fabricantes de automóviles (Blomquist, 2012, p. 1058).

3.4. Responsabilidad objetiva

Las obligaciones privadas por daños ambientales como el cambio climático incluyen el concepto de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, la ley de daños en la India requiere que las empresas mantengan las normas de seguridad pública más estrictas cuando realicen actividades peligrosas e inherentemente riesgosas (Blomquist, 2012, pp. 1074-1075). Las empresas que causan daños ambientales o a la salud están sujetas a una norma de responsabilidad absoluta sin excepciones, siempre y cuando se demuestre que estas empresas se dedican a las actividades antes mencionadas. Los daños se determinan teniendo en cuenta el tamaño y la capacidad de la empresa. Las compensaciones más elevadas son pagadas por las empresas más grandes y prósperas (Blomquist, 2012, p. 1063). Como sostuvo el tribunal en el caso *M.C. Mehta and Anr v. Union of India and Others*, el concepto de responsabilidad tuvo que evolucionar y desde entonces «No se puede permitir que el derecho quede estático […] consideramos que es necesario estructurar un nuevo principio de responsabilidad para hacer frente a una inusual situación que ha surgido y probablemente surja en el futuro, debido a las industrias inherentemente peligrosas que son esenciales a una economía industrial»[73].

La internalización de los costes ambientales y sociales por medio de normas de responsabilidad absolutas tiene el potencial de mejorar y contribuir significativamente a una disuasión más efectiva de los mecanismos del derecho de daños (Lin, 2015, p. 1458).

[73] *M.C. Mehta y Anr v. Union of India y otros*, 1987 AIR 1086, 1987 SCR (1) 819.

4. Conclusiones

A la hora de asignar la protección del medio ambiente entre los distintos sectores del aparato estatal, algunos Estados, normalmente con bases sólidas del derecho civil, tienden a favorecer enfoques de derecho administrativo que pueden incluir permisos y planificación. Otros, normalmente con bases sólidas del derecho común, tienden a favorecer la creación de normas legales y detalles administrativos que pueden ser utilizados en el litigio público o privado, aunque también cuentan con sistemas de permisos fuertes. En los Estados de derecho común, el papel histórico de las obligaciones privadas sigue siendo importante, aunque la mayoría de los daños y las normas que podrían abordarse mediante litigios privados están ahora subsumidos en normas de derecho público que otorgan la autoridad de ejecución al Estado.

La creación del derecho ambiental público aumentó, pero no sustituyó el derecho de las obligaciones privadas. El derecho de las obligaciones privadas sigue siendo importante si el objetivo del abogado es recuperar los daños para su cliente y no simplemente castigar o detener la persona o personas jurídicas causantes del daño ambiental. Los remedios privados también pueden servir para complementar las acciones públicas. Además, una acción privada puede servir para demostrar al Estado que realmente se ha cometido un daño y así incitar la acción estatal. Por último, puede no darse el caso de que el Estado haya ejercido su discrecionalidad, sino que sea corrupto y no esté interesado en proteger el medio ambiente. En esos casos, la acción privada individual o colectiva puede cambiar el comportamiento de la o las personas jurídicas causantes del agravio y no solo servir para llenar de dinero el bolsillo de la persona perjudicada. Pero debemos tener cuidado de no ir tan lejos como para sugerir que el derecho ambiental, en el interés del público, puede satisfacer con éxito las necesidades de la gente de esa cultura solo a través del derecho privado bajo una teoría de la economía neoliberal. La experiencia y el estudio demuestran que, para la protección de la tierra, el agua y el aire públicos,

cuando la propia ciudadanía legitima el derecho público con su apoyo, los resultados de protección de este derecho son probadamente mejores.

El derecho comparado funcional demuestra que las estructuras jurídicas e institucionales de culturas tan diversas como la china y brasileña se definen en gran medida por la necesidad de posibilitar la interacción entre el Estado y sus ciudadanos y, en el ámbito del derecho ambiental, por la necesidad de abordar cuestiones ambientales. La necesidad de establecer estos canales jurídicos e institucionales, con el objetivo subyacente de abordar las cuestiones ambientales, representa en gran medida el propósito compartido o *tertium comparationis*[74].

[74] Para más sobre *tertium comparationis*, ver Siems, 2014, p. 26.

Capítulo 4
Resolución de conflictos ambientales

Vanessa Johnston, Tsegai Berhane Ghebretekle, Ryan Kraski, Jorge Ignacio García Nielsen, Ana Miola y *Mrinalini Shinde*[1]

1. Introducción: el alcance de las instituciones en la resolución de conflictos ambientales

¿Cuál es la función de la resolución de una disputa? La respuesta puede parecer obvia, pero, como vimos en el capítulo 3, plantear la pregunta nos puede llevar a preguntarnos por qué se ha producido la disputa y por qué es una decisión para una corte, en lugar de ser algo que deba ser considerado por los legisladores. Mover las cuestiones ambientales de los órganos legislativos, formados por representantes elegidos políticamente, a órganos judiciales, poblados con abogados profesionales o expertos científicos, es algo más que solo un asunto de distinguir el derecho público del derecho privado o el derecho civil del derecho común. Esta puede ser una estrategia legal que aumente la probabilidad de un resultado favorable para la parte agraviada. Dentro de este contexto, la

[1] Los puntos de vista y opiniones que se presentan en este capítulo pertenecen exclusivamente a los autores, y no representan, de ninguna manera o forma, los puntos de vista y las opiniones del UNU-EHS y la Secretaría de la CMNUCC o cualquiera de sus órganos, organizaciones o agentes afiliados.

pregunta para nuestro estudio pasa a ser cuál es la función de la resolución de conflictos *a través del derecho ambiental*. Con el crecimiento de la población mundial y la probabilidad de aumentar el número de seres humanos a nueve mil millones para el 2050, es obvio que la competencia por los limitados recursos del mundo aumentará los conflictos por su uso. Los conflictos ambientales son cada vez más frecuentes. En algunos casos, el conflicto entre las partes se relaciona directamente con el ambiente natural, respecto del acceso o el uso de recursos naturales como el agua, los minerales o la madera; la protección de la flora y fauna; y la responsabilidad por daños ambientales, el uso del suelo y decisiones de planificación, por nombrar algunos. En otros casos, sin embargo, la disputa solo se relaciona con el medio ambiente de forma indirecta o incidental. Cuando las personas no pueden resolver sus diferencias, pueden recurrir a sus sistemas legales. Estos conflictos se presentan para su resolución a nivel nacional o subnacional, mediante procedimientos administrativos o de arbitraje, ante cortes y tribunales, ante los ancianos que aplican la ley consuetudinaria o incluso como reclamos de seguros.

Como debatiremos más adelante en el capítulo 5, la disputa ambiental también puede surgir como una cuestión constitucional y, donde no exista un tribunal constitucional especializado, el conflicto será resuelto en un tribunal de jurisdicción general. Por ejemplo, en Alemania[2], Etiopía[3] y Chile los ciudadanos tienen un derecho constitucional expreso a un ambiente limpio o saludable. En Alemania y Chile este derecho expreso está respaldado por las obligaciones constitucionales impuestas al Estado para proteger o conservar los recursos naturales[4]. Con arreglo al artículo 20 de la Constitución alemana, por ejemplo, esto se expresa como una obligación impuesta al Estado alemán para

[2] *Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschand* (Ley Fundamental de la República Federal Alemana) BGBL I 1949 1, art. 20a; Ley Fundamental de la República Federal Alemana, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html

[3] CRDFE Constitución, art. 44.

[4] Constitución Política de la República de Chile, art. 19, N° 8.

«proteger los recursos naturales de la vida y de los animales mediante la legislación y, de acuerdo con la ley y la justicia, mediante la acción ejecutiva y judicial, todo dentro del marco del orden constitucional»[5]. Además, la Corte Constitucional Federal de Alemania ha encontrado, en al menos una ocasión, que la protección ambiental forma parte de los derechos constitucionales reconocidos, como el derecho a la propiedad y la dignidad humana[6]. En comparación, la Constitución de Etiopía facilita la aplicación de esos derechos expresos a través de los objetivos constitucionales en materia de cuestiones ambientales[7].

La función de la resolución de conflictos puede asumirse por una corte autorizada por el Estado, pero no es el único camino[8]. «Piensa globalmente, actúa localmente» puede incluir la resolución de conflictos a nivel local, como ocurre con los consejos comunitarios y la mediación en los Estados Unidos, los mayores de la comunidad en Etiopía, e incluso el arbitraje privado[9]. En comparación con la resolución de conflictos a través de cortes y tribunales establecidos por ley, algunas culturas resuelven las disputas relacionadas con asuntos ambientales sin un foro estatal formal. En las comunidades locales o pueblos, los temas pueden ser tratados internamente por los ancianos, sin estructuras institucionales

---

[5] *Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschand* (Ley Fundamental de la República Federal Alemana) BGBL I 1949 1, art 20a; Ley Fundamental de la República Federal Alemana, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html

[6] Ley Fundamental de la República Federal Alemana, artículos 1, 14. Ver Oschmann, 2011, p. 163, citando la sentencia de la Corte Constitucional 2 BvL 8/77 8 de octubre de 1978. Véase Koch, Luhrs y Verheyen destacan, sin embargo, que sería extremadamente difícil obligar al Estado alemán a actuar para proteger el clima en virtud de estas disposiciones generales debido al lenguaje amplio utilizado en dichas disposiciones.

[7] CRDFE Constitución, art. 92.

[8] Estamos utilizando el término «disputa» en el sentido del «desacuerdo sobre los deberes o derechos legales, o hasta qué punto el tipo de compensación que puede reclamar la parte demandante por incumplimiento de dichos deberes o derechos». Y estamos utilizando el término «conflicto» en el sentido de «fricción u oposición que surge entre las partes, basada en diferencias o incompatibilidades percibidas o reales» (Cameron, 2019).

[9] Ver Investing in Our Planet. *Global Environment Facility*. www.thegef.org/

estatales ni formalidades procesales. A menudo se prefieren estos métodos locales de resolución de conflictos por diversas razones. Para el abogado occidental en ejercicio, puede resultar sorprendente enterarse de que en algunas culturas africanas «el Estado y el derecho estatal son ajenos»[10]. La mediación ofrece una ventaja sobre el litigio si todas las partes pueden salir de la mediación con la sensación de haber sido escuchados y de haber obtenido lo que querían, en lugar de contar solo ganadores y perdedores. Por otro lado, es muy cuestionable si un Estado puede someter los derechos y recursos de sus ciudadanos a un arbitraje privado, pero en el caso conocido de *Vatenfall v. Alemania* es lo que precisamente ocurrió[11]. Antes de que un litigio llegue a algún foro formal para su resolución, las partes en disputa tratan de resolverlo de manera informal con reuniones, cartas, argumentos, amenazas de demanda, política y otros medios. Dado el costo de los litigios en el foro estatal en gran parte del mundo, uno puede darse cuenta de que acudir a los tribunales no es, para muchas partes, el primer método previsto para resolver una disputa. En algunos Estados, ciertos tipos de acciones, como el divorcio en el derecho de familia, requieren que las partes en conflicto busquen primero asesoramiento antes de recurrir a una resolución estatal. En comparación, ¿se beneficiaría una disputa ambiental de esta práctica de resolución forzada o solo prolongaría el problema? La respuesta depende en muchos sentidos de cuál sea el *statu quo ante.* En las culturas del *laissez-faire*, en las que los contaminadores pueden continuar con sus actividades hasta que el Estado pueda demostrar que se ha violado la ley, añadir una capa de resolución de conflictos permite al contaminador mantener el *statu quo ante*. Pero si el principio de precaución estuviera en vigor e institucionalizado a través de algo como una evaluación de

[10] Entrevista con el profesor Hassen Mohammed, Facultad de Derecho de la Universidad Mekelle, Etiopía, el 17 de octubre de 2016 (notas en el archivo de Kirk W. Junker).

[11] *US Arbitration Court Rejects Germany's Plea in Nuclear Phaseout Compensation*, caso: DW: 05.09.2018. Deutsche Welle. www.dw.com/en/us-arbitration-court-rejects-germanys-plea-in-nuclear-phaseout-compensation-case/a-45362256

impacto obligatoria (ver el capítulo 9) o un permiso obtenido a través de un proceso administrativo (más adelante, en este capítulo), serían las personas las que se beneficiarían al alterar, retrasar o detener el inicio del proceso de contaminación permitido.

Como se ha comentado en el capítulo 3, los daños que hoy se denominan «ambientales» se resolvían en una época como violaciones en el ámbito del derecho privado de las obligaciones. Con la incorporación en el proceso del poder y el aparato del Estado, las distintas ramas y las herramientas de este se convirtieron en la forma de pensar más común en el derecho ambiental. Habiendo examinado las instituciones y herramientas legislativas, ejecutivas y administrativas en el capítulo 3, este capítulo estará únicamente enfocado en aquellas disputas que se resuelven a través de alguna forma del sistema estatal, ya sea en la corte o mediante el proceso administrativo.

Para comprender mejor la función de la resolución de conflictos ambientales, este capítulo examina las cuestiones relativas a dicha resolución a través de órganos estatales en Europa (Alemania, Finlandia, Dinamarca y Suecia), África (Etiopía y Kenia), América (Chile, Brasil y Estados Unidos), Australia y Asia (China e India). No es de extrañar que la diversidad geográfica, las condiciones ambientales, los sistemas jurídicos, las estructuras de gobierno, las prioridades económicas, las expectativas de las partes en conflicto y otros factores culturales afecten el enfoque adoptado para resolver las disputas ambientales. Por lo tanto, para poder comparar de forma útil los diferentes enfoques de resolución en estas jurisdicciones, hay que definir cuidadosamente el alcance de la comparación (Zweigert & Kötz, 1998).

Comenzamos exponiendo los fundamentos según el método funcionalista comparativo de Zweigert y Kötz. Al hacerlo, la comparación se limita a la resolución de conflictos relacionados directamente con el ambiente, a través de un proceso legal por el que un árbitro o juez estatal toma una decisión formal sobre los derechos o intereses de las partes involucradas, es decir, cortes, tribunales, paneles de arbitraje estatales,

juntas de revisión, etcétera. Algunas instituciones sirven para fines judiciales y administrativos a nivel nacional, subnacional (estatal) o local (distrito/municipio) (Meek, 2016, p. 26). De manera importante, las definiciones dadas a ambos conceptos contribuyen a una «sintaxis neutra» (Zweigert & Kötz, 1998, p. 44) que permite una comparación útil entre las características de estos diversos sistemas jurídicos, minimizando el impacto de cualquier significado especial atribuido a estos términos o conceptos en un país en particular[12]. Al desarrollar esta sintaxis neutra, hay que tener cuidado de comparar las funciones y no las etiquetas de las instituciones: lo que se llama tribunal en algunas culturas es en realidad una corte estatal establecida constitucionalmente. En otras culturas un «tribunal» es un órgano administrativo con jueces nombrados por voluntad del Ejecutivo.

En este capítulo se examina la función de cuatro tipos de instituciones para la resolución de conflictos, a saber, las cortes con jurisdicción general, las cortes con jurisdicción ambiental especializada, las instancias de revisión de derecho administrativo general y e instancias especializadas de revisión de derecho ambiental. La comparación entre estos cuatro tipos de instituciones se refiere a cuatro temas:

- la naturaleza de la institución o foro en que se resuelve la disputa;
- la jurisdicción del Estado en materia ambiental;
- el procedimiento judicial; y
- la referencia a los principios del derecho ambiental y a los objetivos de planificación.

La comparación de distintos enfoques aplicados a la resolución de conflictos ambientales resalta las similitudes y diferencias entre jurisdicciones, así como las diferencias en la similitud y la similitud de las

[12] En cuanto a la traducción y comprensión de los términos jurídicos, ver Galdia, 2003.

diferencias[13]. Las principales conclusiones de esta comparación ofrecen una base para realizar observaciones más amplias sobre la función que desempeña la resolución de conflictos ambientales en la protección del ambiente natural y el desarrollo de objetivos de planificación y principios jurídicos en materia ambiental.

Como una extensión en la ubicación del derecho ambiental entre las funciones del Estado del capítulo 3, cuando se trata de resolución de conflictos, la principal diferencia entre las culturas del mundo es si se resuelven las disputas ambientales a través de las cortes o de los órganos de competentes del sistema administrativo. Una vez hecha la división, podemos dividir aún más el primer grupo de las culturas del mundo en función a cuál de ellas deja los asuntos ambientales en manos de los tribunales de jurisdicción general o especial, así como las culturas del último grupo se pueden dividir en cuanto a si resuelven las disputas ambientales ante tribunales administrativos o ante los tribunales administrativos ambientales especializados. Se trata de distinciones funcionales, independientemente de la denominación de los órganos en cuestión. El comparativista debe cuidarse de no creer que el título dado a una corte o tribunal es necesariamente indicativo de su función. En efecto, algunas cortes se denominan «tribunales», pero funcionan como cortes.

2. Cortes de jurisdicción general

Las cortes de jurisdicción general existen tanto a nivel nacional como subnacional[14]. Pueden ser creadas a través de la facultad legal de una

[13] Tanto las características distintivas como las comunes de los sistemas jurídicos son pertinentes para la comparación en general. Ver Reitz, 1998, p. 624; Dannemann y Reimann, 2006, p. 383.

[14] Por ejemplo: las cortes de jurisdicción general en Australia incluyen los nacionales (Federal, Corte Federal de Apelación, Corte Superior) y los subnacionales (estatal/territorio) (Magistrado, Distrito, Supremo, Corte Suprema de Apelación); en Etiopía

constitución o de una ley. Las cortes de jurisdicción general pueden resolver litigios en temas civiles y penales dentro de la jurisdicción pertinente (municipio, Estado, país, etcétera). Con el fin de simplificar las funciones de las cortes y mejorar la eficiencia, los temas pueden ser asignados a «listas» o «divisiones» de la corte en función del tema, separando la mayoría de las veces los asuntos civiles de los penales, pero incluyendo también los ambientales en algunas jurisdicciones. Las cortes de jurisdicción general tendrán amplio poder para juzgar las disputas ambientales en jurisdicciones en las que no existan tribunales o cortes ambientales especializadas. Esto ocurre, por ejemplo, en Etiopía[15], donde las cortes generales juzgan las disputas referidas por la Comisión de Medio Ambiente, Bosques y Cambio Climático[16] sobre cuestiones que surgen en el marco de la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental[17]. Aunque en Etiopía no existe un tribunal ambiental especializado, la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía (CRDFE, art. 37) ofrece la base legal para tribunales ambientales si se requiere.

2.1. Jurisdicción

Mientras que en ciertas jurisdicciones las cortes de jurisdicción general se utilizan en diversos niveles para resolver las disputas ambientales, esto no se debe a la falta de disputas sobre temas ambientales. Las cortes de

---

la constitución faculta a las cortes supremas estatales a ejercer la jurisdicción de la Corte Federal de Primera Instancia, y también de la Corte Superior. Ver CRDFE Const., art. 80 (4); DRE Const., art. 80 (2).

[15] CRDFE, 2002. Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, Nº 300, *Federal Negarit Gazeta,* 12, Addis Abeba, Etiopía, art. 2(4).

[16] La Comisión de Medio Ambiente, Bosques y Cambio Climático era anteriormente el Ministerio de Medio Ambiente, Bosques y Cambio Climático. A nivel regional, algunos de los organismos reguladores ambientales están establecidos como autoridad, agencia y oficina.

[17] CRDFE, 2002. Proclama de Control de la Contaminación Ambiental.

jurisdicción general pueden tener jurisdicción original, de apelación o ambas, sobre disputas ambientales. La jurisdicción original incluye las disputas que surgen entre partes privadas, públicas o una combinación de ambas, sobre la propiedad u otros derechos sobre los recursos naturales, el uso de suelos y daño ambiental[18]. En Australia, por ejemplo, la Corte Federal juzga las apelaciones de una amplia gama de disputas ambientales civiles y penales que surgen en virtud del Acta de Protección del Ambiente y Conservación de la Biodiversidad de 1999, que incluye la evaluación de impacto ambiental y la protección y conservación de zonas de patrimonio mundial[19]. Las cortes de jurisdicción general suelen atender las apelaciones presentadas por las partes respecto a decisiones de instancias de revisión de derecho administrativo general o de los tribunales ambientales especializados, o de ambos.

La Corte Superior de Justicia de Brasil (CSJB) es un ejemplo clave de cómo las cortes de jurisdicción general, bien diseñadas, pueden resolver cuestiones ambientales específicas y localizadas. La CSJB fue creada en 1988 en virtud de un mandato constitucional dirigido a la Corte Suprema de Brasil (Bryner, 2012, pp. 470, 475), bajo el cual los individuos tenían el derecho a un «ambiente ecológicamente equilibrado» y el gobierno el deber de «defender y preservar [el medio ambiente] para las generaciones presentes y futuras»[20]. En el año 2010 la CSJB resolvió 330 283 conflictos ambientales. Si bien el apoyo constitucional a las cortes ambientales existe en otras jurisdicciones, el aspecto intergeneracional de este apoyo constitucional se refiere probablemente

[18] Ejemplos australianos incluyen *Manderson v. Wright*, VSC 677(2016); *Arnold v. Hickman*, TASSC 55(2016); *O'Brien v. Pittwater Council*, NSWDC 32 (2016); *Spencer v. Commonwealth*, 240 FCR 262 (2015); *Yanner v. Eaton*, 201 CLR 351 (1999); de acuerdo al Acta de Conservación de la Fauna de 1979 (Qld) (Australia); *Cadia Holdings Pty Ltd v. New South Wales* 242 CLR 195, 199-200 (2010).

[19] Acta de Biodiversidad Ambiental y Conservación 1999, pt 17 (Cth) (Australia).

[20] Constitución Federal (CF), art. 225 (Brasil). Disponible en *Political Database of the Americas: Federative Republic of Brazil, Georgetown University*. https://pdba.georgetown.edu/Con stitutions/Brazil/english96.html (última actualización noviembre de 2008).

a las circunstancias ambientales, culturales y geográfica de Brasil, que son muy diferentes de aquellas en las que se encuentran otras cortes o tribunales ambientales. Más específicamente, al ser el quinto país más grande del mundo en superficie, albergando una cuarta parte de las especies de plantas del mundo y una cantidad proporcionalmente mayor de especies animales, Brasil es uno de los países más polémicos del mundo en términos de protección ambiental y su cumplimiento (Bryner, 2012). En consecuencia, el rápido crecimiento económico está ejerciendo gran presión sobre el ambiente e imponiendo un riesgo sustancial de pérdida de biodiversidad. Esto se refleja en la carga de casos que tiene la CSJB y que atiende principalmente cuestiones relacionadas con la deforestación, causada ya sea por la creciente demanda de tierra agrícolas debido al rápido crecimiento, la urbanización o la industrialización en ciudades y pueblos (Findley, 1988, p. 1).

La CSJB actúa como corte federal de última instancia para las cuestiones ambientales que se refieren a la ley federal[21], abordando el inmenso retraso de las disputas ambientales que anteriormente se mantenían dentro de los listados generales de la Corte Suprema Federal (Bryner, 2012, p. 82). Sin embargo, aunque el CSJB atiende las cuestiones ambientales, sigue siendo una corte de jurisdicción general[22]. Mientras que el CSJB tiene jurisdicción tanto original como de apelación sobre cuestiones ambientales, la mayoría de disputas ambientales que atiende son apelaciones sobre puntos de derecho de cortes federales de apelación o de cortes supremas estatales (Bryner, 2012, p. 83). De manera importante, el CSJB tiene jurisdicción para conocer las disputas derivadas de la legislación ambiental de Brasil, el Código Forestal, cuyo objetivo es proteger y mantener la flora y la biodiversidad del país[23]. El CSJB ha adoptado consistentemente amplias interpretaciones del Código

[21] Constitución Federal [C.F.] art. 129, caput, cl. III (Brasil).

[22] Constitución Federal [C.F.] art. 129, caput, cl. III (Brasil).

[23] Código Forestal No. 12.651, del 25 de mayo de 2012 (Brasil).

Forestal, protegiendo muchas más zonas de conservación y ampliando la definición de quema ilegal, resguardando muchos más tipos de vegetación (Bryner, 2012, p. 86). Desde que empezó a operar en 1989, el CSJB ha resuelto más de 3,7 millones de casos (Bryner, 2012, pp. 84-85).

En comparación, para comprender la jurisdicción en los Estados Unidos, hay que entender el complicado sistema de federalismo en que las doble jurisdicciones a menudo funcionan simultáneamente a través de un sistema llamado «federalismo cooperativo» (Junker, 2020). Los comparativistas Zweigert y Kötz han observado:

> Se ha dicho que los Estados Unidos poseen «tal vez la estructura legal más complicada que jamás se haya creado y hecho efectiva en el esfuerzo del hombre por gobernarse a sí mismo». El sentido de esta observación queda claro cuando se ven los problemas que han surgido en los Estados Unidos de las complejidades de la concurrencia del derecho federal y estatal y por el hecho de que tanto los Estados Unidos como los diversos Estados poseen sistemas judiciales totalmente equipados (Zweigert & Kötz, 1988, pp. 249-250).

Dicho esto, no hay un sistema entre los cincuenta estados de los Estados Unidos que sea representativo de los demás y cualquier abogado que tenga que emprender una acción legal ambiental en Estados Unidos debe consultar el derecho ambiental sustantivo y procesal del estado en el que ha surgido el problema, para empezar a entender cómo se resolvería una disputa y el tipo de organismo público de interpretación ante el que hay que plantear la disputa. Además, hay que tener en cuenta que solo uno de estos estados, California, tiene una población mayor que la de Canadá y que otro de estos estados, Alaska, tiene una masa terrestre mayor que la de todos los países soberanos del mundo, a excepción de dieciocho. Más concretamente, el estado de Texas ocuparía el sétimo lugar en emisiones de gases de efecto invernadero entre los Estados del mundo.

Los cincuenta sistemas estaduales diferentes (aparte del sistema federal del país) incluyen cortes de jurisdicción general que juzgan las disputas ambientales como instancias cuasi especializadas, que frecuentemente conocen los asuntos en base a listas de especialización dentro de la jurisdicción general de la corte. Estas cortes representan un compromiso entre una corte generalista, que se encarga de resolver las disputas ambientales debido a la ausencia de cortes ambientales, y un tribunal ambiental dedicado que solamente atiende las disputas a través de procesos administrativos. Por ejemplo, la División Ambiental de la Corte Superior de Vermont es una corte de primera instancia con jurisdicción a nivel estatal que atiende las disputas ambientales (Wright, 2010, p. 203). Por lo general, la División Ambiental atiende apelaciones de las decisiones adoptadas por la Comisión Ambiental del Distrito, en relación con la planificación y desarrollo, el permiso ambiental o la planificación del uso del suelo[24]; de la Agencia de Recursos Naturales en lo que respecta las acciones de ejecución contra el uso y la gestión de los recursos; y de otras autoridades locales en cuestiones de planificación o zonificación. La mayoría de los casos son planteados *de novo* y escuchados como un juicio con toda la evidencia ante dos jueces. La División Ambiental de la Corte Suprema atiende más de 300 casos al año (Wright, 2010, p. 203).

La disputa ambiental puede también surgir como una cuestión constitucional y, cuando no existe una corte constitucional especializada, el conflicto será resuelto por una corte de jurisdicción general. Por ejemplo, en Alemania[25], Etiopía[26] y Chile[27] los ciudadanos tienen un derecho constitucional expreso a un ambiente limpio y saludable. Mientras en Alemania y Chile este derecho expreso está respaldado por

[24] Acto 250 (Vermont, 1970).

[25] *Rundgesetz für Bundesrepublik Deutschand* (Ley Fundamental de la República Federal Alemana) BGBL I 1949 1, art. 20a.

[26] CRDFE Constitución, art. 44.

[27] Constitución de la República de Chile, art. 19, N° 8.

las obligaciones constitucionales impuestas al estado sobre la protección y conservación de los recursos naturales, la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía facilita la implementación de este derecho a través de objetivos constitucionales sobre asuntos ambientales[28]. En comparación, mientras que la constitución de Australia no aborda expresamente lo ambiental, la Corte Superior de Australia ha resuelto disputas ambientales bajo facultades como «asuntos externos», en virtud de las disputas relativas a la protección de zonas de patrimonio mundial respecto a tratados internacionales[29]. En Australia esta es una de las formas en que los ciudadanos y las entidades han tratado de obtener una resolución, a pesar de la falta de leyes ambientales sólidas que protejan aspectos del ambiente natural a nivel federal u, ocasionalmente, estadual. En consecuencia, aunque el ambiente, así como los derechos y deberes de ciudadanos y los estados en relación con él, reciben un tratamiento diferente en las constituciones de jurisdicciones comparadas, esto no impide que las cortes generales juzguen las disputas ambientales como una cuestión constitucional.

2.2. Procedimientos judiciales en la jurisdicción general

Las disputas relacionadas con cuestiones ambientales son un reto para los procedimientos judiciales civiles y penales en las cortes de jurisdicción general[30]. Los procedimientos judiciales están diseñados para regular la forma en la que se reclaman, prueban y aplican los derechos y obligaciones sustantivas, sin impactar lo sustantivo de dichos derechos (Colbran, 2015, p. 4). Cuándo y cómo los procedimientos judiciales acomodan las disputas ambientales afecta tanto a la adecuación de la

[28] CRDFE Constitución, art. 92.

[29] Commonwealth de Australia Constitución, acto 1901 § 51(xxxix) (Cth) (Australia); *Tasmania v. The Commonwealth*, 158 CLR 1 (1983); *Richardson v. Forestry Commission*, 164 CLR 261 (1988). Ver Preston, 2012, p. 396.

[30] En cuanto a las normas del derecho ambiental penal, véase el capítulo 10.

decisión para las partes en disputa, como a la integridad de la decisión en relación con los objetivos ambientales.

Locus standi, o «legitimación», es el derecho a iniciar procedimientos judiciales ante una corte (Bates, 2016, p. 805). En muchas disputas ambientales la legitimación se rige por normas contenidas en las leyes ambientales y no a discreción de la institución juzgadora conforme al derecho sustantivo o procesal (Ryan, 1981, p. 20). En Etiopia y Chile, por ejemplo, dado que los casos ambientales están fusionados con los casos civiles y penales, la cuestión de la legitimación en los tribunales generales se rige por las leyes civiles y penales, respectivamente. Sin embargo, las cortes de jurisdicción general de Etiopía atienden los asuntos ambientales de varias maneras. Por ejemplo, las personas con un «interés creado» están legitimadas para presentar una demanda ante una corte de jurisdicción general relacionada con el ambiente[31]. En Estados Unidos, solo las personas jurídicas que pueden demostrar que han sido perjudicadas están típicamente legitimadas. El caso de *APAP v. AFPA*, donde se inició una acción en una corte, en lugar de a modo de apelación de una decisión administrativa, es el caso pionero de litigio sobre el interés público en Etiopía[32]. El artículo 33 del Código del Procedimiento Civil exige que una parte tenga un interés creado a fin de tener legitimación e iniciar una acción civil en una corte de jurisdicción general[33]. La única

[31] Código de Procedimientos Civiles del Imperio de Etiopía, 1965. Decreto Nº 52, *Federal Negarit Gazeta,* edición extraodinaria, Nº 3, Addis Abeba, 8 de octubre de 1965.

[32] La APAP, una organización social, presentó una denuncia ante la antigua Autoridad Federal de Protección del Medio Ambiente (AFPA) por la contaminación de los ríos Akaki y Mojo en Addis Abeba, causada por el vertimiento de efluentes industriales en contra de lo dispuesto en la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental. La APAP exhortó a la AFPA a tomar medidas inmediatas. La AFPA respondió que las normas ambientales estaban todavía en fase de proyecto y a la espera de la aprobación del Consejo de Medio Ambiente, por lo que no se podía confiar ellas para decidir si los ríos estaban siendo contaminados. La AFPA también afirmó que había tomado todas las medidas necesarias para combatir la contaminación.

[33] Código de Procedimientos Civiles del Imperio de Etiopía, 1965.

excepción al requisito de interés creado, como se indica en el Código del Procedimiento Civil, son los litigios de interés público, como está previsto en la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental[34]. El Estado, sin duda, está legitimado para emprender acciones cuando se perjudique al público en general. También puede estar legitimado para emprender acciones cuando una persona jurídica, además, ha perjudicado al medio ambiente bajo varias teorías que van desde la propiedad estatal de los recursos naturales hasta la doctrina jurídica de la «confianza pública», en la que el Estado es solamente el fideicomisario de los recursos para sus ciudadanos. De lo contrario, la resolución de conflictos ambientales como litigios de interés público pueden iniciarse por cualquier persona sin necesidad de demostrar un interés creado o daño personal.

En Etiopía, las acciones ambientales también pueden ser iniciadas por la Oficina del Fiscal General a nivel federal o las oficinas de justicia a nivel estatal, de conformidad con el Código de Procedimientos Penales del país[35]. La Fiscalía General Federal o las oficinas regionales de justicia pueden iniciar procedimientos penales en asuntos ambientales en las cortes de jurisdicción general.

En Chile, sin embargo, la legitimidad para presentar denuncias ante una corte de jurisdicción general depende de la naturaleza del caso. Si se trata de un caso civil de daño ambiental, por ejemplo, solo tienen legitimidad los afectados y los municipios. Si se trata de un caso penal (aunque en Chile no existen delitos ambientales propiamente), el Ministerio Público está legitimado para actuar ante una corte de jurisdicción general o una corte ambiental. Las cortes ambientales solo reconocen las disputas relacionadas con instrumentos de gestión ambiental. Si, por otro lado, la disputa está relacionada con algún recurso natural específico, como el agua o los bosques, las disputas son atendidas por las cortes de jurisdicción general.

[34] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental.

[35] Código Etiope de Procedimientos Penales de 1961.

En Etiopía, las cortes de jurisdicción general pueden imponer sanciones civiles y penales para remediar los conflictos ambientales. En lo que respecta a las sanciones civiles, la compensación por daños ambientales es, con frecuencia, lograda a través del sistema tradicional de obligaciones privadas. Sin embargo, las obligaciones privadas tradicionales en Etiopía solamente son adecuadas para determinar cuestiones de responsabilidad tradicionales, como el daño a la salud o a la propiedad de una persona, no al ambiente en sí. Cuando en 1960 se promulgó el Código Civil, donde se encuentran las obligaciones privadas, el ambiente no era una preocupación abordada por el Código. Etiopía aún no ha ajustado su sistema de obligaciones privadas para incorporar las cuestiones ambientales, ni ha introducido un régimen de responsabilidad ambiental integral independiente para garantizar la justicia ambiental y promover el desarrollo sostenible mediante la aplicación del principio del derecho ambiental internacional de «quien contamina paga».

En lo que respecta a las sanciones penales, la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, que funciona al más alto nivel de la legislación, determinó delitos ambientales con el fin de proteger el ambiente de la contaminación y someter a los contaminadores a sanciones punitivas. Los delitos están relacionados con la contaminación[36], los residuos y materiales peligrosos[37], los inspectores ambientales[38] y los registros[39]. El Código Penal[40], en superposición con la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, también contiene disposiciones sobre delitos ambientales que impone a los que contaminan penas más graves que las de la Proclama. Por ejemplo, la sanción del Código Penal por envenenar intencionalmente un pozo, una cisterna, un manantial, una fuente de

[36] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, art. 16.

[37] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, art. 15.

[38] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, art. 13.

[39] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, art. 14.

[40] Código Penal de la República Federal Democrática de Etiopía, Addis Abeba, arts. 514-534.

agua, un río o un lago, es de hasta quince años de prisión efectiva[41]. En contraste, la pena máxima en la Proclama es de diez años[42].

En Etiopía, además de las sanciones civiles y penales, también se emplean medidas administrativas para proteger el ambiente. Según la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, estos remedios administrativos incluyen la instalación de tecnología adecuada, la limpieza de un ambiente contaminado o el pago por dicha operación y el cierre o la reubicación de una empresa que causa daños ambientales[43]. Según la Proclama de la Evaluación de Impacto Ambiental las medidas administrativas son iguales: la rectificación del ambiente dañado y suspensión o cancelación del permiso o autorización[44]. Del mismo modo, otras leyes también prevén diferentes medidas administrativas que les permiten cumplir con sus respectivos objetivos.

En Chile, los casos de daños ambientales están bajo la jurisdicción de cortes ambientales especializadas, pero solo abordan la naturaleza puramente ambiental del mismo e imponen planes de restauración. Los aspectos económicos de un caso, como la compensación, son competencia de las cortes de jurisdicción general. Las normas procesales utilizadas para probar el daño ambiental son una combinación entre la ley 19300 y el Código Civil, siguiendo un sistema de responsabilidad subjetiva.

2.3. Referencia a los principios del derecho ambiental y objetivos de planificación

Aunque las cortes de jurisdicción general pueden juzgar las disputas ambientales de muchas maneras, en general, todas lo hacen con referencia a principios jurídicos. La gama de principios utilizados por las cortes

[41] Código Penal de la República Federal Democrática de Etiopía, art. 517.

[42] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, arts. 15(2) y 16.

[43] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, art. 3(3), (4), (5).

[44] Proclama de la Evaluación de Impacto Ambiental, art. 12(2), (3).

de jurisdicción general se diferencia en función de la familia jurídica, como el derecho civil o el derecho común, y también en función a si la cultura integra el derecho internacional a través de un enfoque monista u dualista.

Si los principios u objetivos de planificación forman parte de leyes vinculantes o de la jurisprudencia, pueden ayudar al juzgamiento de los conflictos ambientales. La legislación que incluye principios ambientales internacionales o hace referencia a tratados ambientales es cada vez más frecuente. Por ejemplo, en Australia, las leyes sobre cambio climático hacen referencia expresa al Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y a los acuerdos sucesivos sobre el cambio climático[45]. Tanto las leyes nacionales como subnacionales de protección ambiental incluyen declaraciones de principios rectores o consideraciones como la precaución, la equidad intergeneracional, la protección y el desarrollo sostenible ecológico[46].

En Etiopía, el artículo 85(1) de la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía establece que los órganos de gobierno (incluyendo las cortes) en el proceso de aplicación de la Constitución, otras leyes (como leyes ambientales) y políticas públicas (incluida la política ambiental) se guiarán por los principios y objetivos constitucionales[47]. De la formulación de la Constitución uno puede ver que los objetivos ambientales se elevan a la condición de principios. Estos principios (para las relaciones externas y la defensa nacional) y objetivos (políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) se indican en los artículos 86-92[48]. Algunos de los objetivos ambientales

[45] Créditos de Carbón (Iniciativa de Producción de Carbón), act. 2011s 3 (Cth) (Australia).

[46] Por ejemplo, el Acta de Protección del Ambiente y Conservación de la Biodiversidad 1999, ss 3-3A (Cth) (Australia); Acta de Protección Ambiental 1970, 1A, 1C, 1D, 1H (Vic); Acta de Protección Ambiental 1997s 3D (ACT).

[47] CRDFE, Const. en 10.

[48] CRDFE, Const. en 10.

señalados en la Constitución son que el gobierno se esforzará por garantizar que todos los etíopes vivan en un ambiente limpio y saludable; que el diseño y la ejecución de los programas y proyectos de desarrollo no dañarán ni destruirán el ambiente; que la población tenga derecho a ser consultada plenamente y a expresar sus opiniones en la planificación y ejecución de las políticas y proyectos ambientales que les afectan directamente; y que el gobierno y los ciudadanos tengan la obligación de proteger el ambiente (artículo 92)[49]. Los principios del derecho ambiental internacional también son pertinentes para la evaluación de daños civiles en los casos ambientales; cuando se tratan los casos ambientales como casos civiles, las cortes generales de Etiopía deben aplicar el principio de quien contamina paga. Sin embargo, aunque el principio de quien contamina paga está reconocido en Etiopía, no existe un plan para la completa internalización de los costos relacionados con el ambiente.

Las cortes de jurisdicción general pueden guiarse por una serie de principios jurídicos a la hora de juzgar las disputas ambientales. En función de la experiencia de las jurisdicciones comparadas, el origen y el impacto de estos principios varía, algunas veces siendo referenciadas específicamente en legislación habilitante o, de lo contrario, referenciadas indirectamente mediante los tratados internacionales que las encarnan. En cualquier caso, cabe destacar que estos principios están disponibles y son utilizados por las cortes de jurisdicción general, las cuales, además, tienen una experiencia limitada en el juzgamiento de disputas ambientales.

En muchas culturas jurídicas en todo el mundo, las cortes de jurisdicción general se encargan de resolver los juicios ambientales sobre una variedad de temas. A pesar de la dificultad de acomodar las disputas ambientales técnicas y complejas dentro de la jurisdicción general de estas cortes, este capítulo identifica algunas herramientas utilizadas por ellas en varias culturas legales —Australia, Etiopía y los Estados Unidos—

[49] CRDFE, Const. en 92.

para resolver las disputas de manera efectiva en relación con los objetivos ambientales pertinentes. Estas herramientas incluyen la capacidad de tratar los asuntos ambientales con referencia a los derechos y deberes constitucionales que, en algunos casos, permiten a la corte aplicar los principios del derecho ambiental internacional a la disputa en cuestión e imponer sanciones civiles y penales a los contaminadores o infractores.

3. Cortes y tribunales ambientales

Las cortes y los tribunales ambientales son la categoría de instituciones que tienen competencia para juzgar las disputas a través de la interpretación de disposiciones constitucionales ambientales, legislación ambiental o reglamentos administrativos ambientales[50]. Estas instituciones pueden ser creadas por las constituciones o leyes, con el fin de resolver las disputas. En algunas culturas, el término «tribunal ambiental» incluye una referencia tanto a los tribunales como a las cortes, pero otras culturas utilizan los términos para denotar dos formas legales diferentes de institución. Cuando se hace la distinción, el tribunal forma parte del sistema administrativo, mientras que el juzgado forma parte de la rama judicial independiente del Estado. Por lo tanto, una disputa puede, bajo derechos aplicables similares, ser presentada ante un juez de derecho administrativo designado por el Ejecutivo, mientras que en otra cultura puede ser presentada ante un miembro designado o elegido del poder judicial independiente.

Hay tres características de la resolución de conflictos ambientales que se debe tener en cuenta: la experticia del órgano, su estatus legal independiente y la relación centralizada o descentralizada del mismo. En algunas culturas, como la australiana, los términos «cortes» o «tribunales» se utilizan indistintamente, mientras que en otras culturas

[50] En algunas culturas, el término «tribunal ambiental» incluye una referencia tanto a los tribunales como a las cortes, pero otras culturas utilizan los términos para denotar dos formas legales distintas de institución.

existe una clara diferencia entre un juzgado, que típicamente disfruta de independencia dentro del Estado y un tribunal, que es un órgano de resolución de conflictos dentro de la administración, a menudo dependiente del Poder Ejecutivo. A las cortes ambientales se les reconoce cierta experticia en asuntos de derecho ambiental, pero más allá de los conocimientos ambientales de la persona que forma parte de juzgado o tribunal especializado, es importante conocer el estatus jurídico del órgano, para conocer el procedimiento que se sigue ante él, si se tiene derecho a una apelación, ante quién se puede apelar y si el juez o el magistrado administrativo son elegidos o nombrados, y por quién. Se puede observar mucho sobre la naturaleza de la competencia ambiental en una cultura, conociendo el estatus de los que están facultados para resolver las disputas. En el contexto de lograr un desarrollo ecológicamente sostenible, las cortes y los tribunales con experticia ambiental específica están siendo reconocidos cada vez más como las instituciones mejor situadas para interpretar, explicar y hacer cumplir las leyes y los reglamentos en estas materias (Preston, 2008, pp. 385-386).

Los tribunales pueden establecerse como una ramificación de la descentralización de las autoridades gubernamentales. La descentralización generalmente resulta en un número mayor de departamentos, lo que a su vez maximiza la responsabilidad de los mismos. Por lo tanto, a estos departamentos se les faculta la autoridad para ocuparse de sus disputas de forma independiente, sin ninguna interferencia de las cortes, excepto cuando la legalidad de las decisiones está cuestionada. Cualquier departamento descentralizado puede tener su propio tribunal. En Australia, por ejemplo, se dice que un tribunal tiene autoridad permanente, al igual que una corte la tendría. Un grupo de vocales son responsables de dictar una decisión justa y equitativa para la parte agraviada. En comparación, las cortes suelen tener un solo juez que determina la disputa. Los procedimientos de un tribunal suelen ser más informales y rápidos que los de una corte. Se espera que las cortes australianas sean rígidas en sus funciones, porque ejercen su competencia a partir de reglamentos

formales de procedimiento y un código de conducta. Su desempeño es reportado a las cortes superiores que inician los procedimientos de mala conducta en ausencia de una conducta apropiada. En los tribunales, los vocales son seleccionados de la misma organización o el propio departamento. El departamento establece sus propios reglamentos y pueden ser relativamente flexibles e informales. Los honorarios y gastos de la corte dependen del contenido del caso. Si el asunto en disputa vale mil millones de dólares, se cobrará la tasa judicial como corresponde, lo que evidentemente hace que las cortes sean más caras que los tribunales. Decisiones más rápidas, costos más bajos y la experiencia de los vocales aumentan la eficacia de los tribunales australianos.

Sin embargo, la jurisdicción de un tribunal australiano es mucho más estrecha que la de una corte. Dado que un tribunal ambiental se ocupa solamente de asuntos ambientales, su jurisdicción es limitada. En comparación, una corte atiende una variedad de disputas que incluyen asuntos civiles, penales, comerciales y familiares. Aunque las decisiones de los tribunales australianos son vinculantes para las partes, pueden ser apelables ante la corte si la ley bajo la cual el tribunal está establecido prevé la posibilidad de apelar a instancias (cortes) superiores.

Sin embargo, en muchos países, hay que distinguir la función entre lo que se llama corte ambiental y lo que se llama tribunal ambiental. En los países que hacen una distinción, las disputas juzgadas por las cortes ambientales pueden incluir apelaciones contra las decisiones administrativas en cuestiones de planificación o aprobación del uso de suelos, por ejemplo. En consecuencia, existe una cierta superposición entre la clase de asuntos que atienden los tribunales ambientales y las juntas de revisión dentro del derecho administrativo.

El número de tribunales ha crecido considerablemente. En 2009, un estudio determinó que existían más de 350 tribunales ambientales en 41 países en el mundo (Pring & Pring, 2016a, p. 1), y en 2016 habían aumentado hasta aproximadamente 1200 tribunales (Pring & Pring, 2016b, p. 1). El aumento de los tribunales ambientales se

ha visto favorecido por la reforma del derecho constitucional y ambiental y la respuesta a las demandas de la sociedad civil (Pring & Pring, 2016a, pp. 8-10).

3.1. Jurisdicción

En los párrafos siguientes se exponen algunos fundamentos según el método funcionalista de Zweigert y Kötz. Los fundamentos solamente son el comienzo de una comparación funcionalista. Únicamente después de exponerlos se pueden hacer observaciones que podrían cumplir con los objetivos del estudio comparativo, ya sea para tomar ideas prestadas, para informar a clientes en disputa con los ciudadanos de otra cultura o para construir un plan y trasladarse a una cultura foránea.

La jurisdicción de las cortes o los tribunales ambientales depende de su legislación habilitante. Como una característica común en muchos países, los tribunales ambientales figuran dentro de las estructuras judiciales nacionales y subnacionales. Brasil, India, Kenia y Chile cuentan con órganos judiciales ambientales a nivel nacional, y Australia y China tienen órganos judiciales ambientales a niveles estatales y provinciales. En la mayoría de los casos, la elección de la jurisdicción depende de si el ambiente o la protección ambiental es categorizada por el Estado como una responsabilidad nacional o subnacional. Por ejemplo, los tribunales ambientales especializados operan en cuatro estados australianos: Nueva Gales del Sur, Queensland, Tasmania y Australia del Sur. El Tribunal de Tierra y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur fue creado en 1980[51], y como el primer tribunal superior conocido con competencia ambiental específica en todo el mundo, está bien considerado en cuanto a sus objetivos de facilitar la racionalización y la especialización en cuestiones ambientales (Preston, 2012, pp. 402-403; Pring & Pring, 2016a, p. 21). Entre otras características, su éxito se

[51] Acta de la Corte sobre Tierra y Ambiente 1979 (NSW) (Australia).

atribuye a una jurisdicción combinada y exclusiva sobre ocho clases de conflictos ambientales. La jurisdicción es conferida por numerosas leyes ambientales, relacionadas a revisiones del mérito de las decisiones administrativas, la determinación judicial de los aspectos civiles y penales del derecho ambiental y las apelaciones[52].

Mientras que los comentaristas reconocen que esto permite una cobertura integral de asuntos de planificación, protección ambiental, adquisición de tierras, minería y demanda de tierras, por nombrar algunos, la «maraña jurisdiccional» (Ryan, 1981, p. 15) de la Corte de Tierras y Medio Ambiente no la hace tan sistemática como se esperaría. Esto puede dar lugar a importantes omisiones en su jurisdicción sobre recursos naturales, tal como sucede en el caso de bosques (p. 13).

En Australia, la Corte de Planificación y Medio Ambiente de Queensland[53] y la Corte Sur de Recursos del Medio Ambiente y Desarrollo de Australia[54] son cortes de nivel inferior que actúan al mismo nivel que las cortes de distrito de jurisdicción general. Ambas establecidas a principios de la década de 1990, juzgan entre 200 y 600 casos al año, ya sea mediante mediación previa o procesos judiciales (Rackemann, 2016). En cada caso, la jurisdicción es conferida por leyes ambientales específicas en temas que incluyen la planificación y desarrollo, protección ambiental, gestión costera, pesca, patrimonio y gestión de la vegetación, dentro del estado pertinente.

[52] Acta de la Corte sobre Tierra y Ambiente 1979, ss 16, 17–21B, 71 (NSW) (Australia); Lyster, 2016, pp. 42-45.

[53] Acta de la Corte sobre Planificación y Ambiente 2016 (Qld) (Australia); Cortes de Queensland, *Planning and Environment Court.* https://www.courts.qld.gov.au/courts/planning-and-environment-court

[54] Acta de la Corte sobre Recursos Ambientales y Desarrollo 1993s 5 (SA) (Australia); Autoridad Administrativa de las Cortes de Australia del Sur, *Environment Resources and Development* (ERD) Court https://www.courts.sa.gov.au/OurCourts/ERDCourt/Pages/default.aspx

Finalmente, el Tribunal de Apelación de Gestión y Planificación de Recursos de Tasmania[55] forma parte del Sistema de Planificación de Tasmania. Aunque parece tener una función limitada sobre esta base, contribuye a lograr los objetivos más ambientalmente explícitos que cualquier tribunal ambiental australiano. En concreto, promueve el desarrollo sostenible de los recursos naturales y físicos y mantiene los procesos ecológicos y la diversidad genética, en el contexto de salvaguardar la capacidad de sustento que proporcionan los recursos ambientales para futuras necesidades[56].

En China existen hasta 134 cortes ambientales «piloto» a nivel provincial[57]. Las primeras cortes ambientales piloto fueron puestas en marcha en Qingzhen, en la provincia de Guizhou, en 2007. Mientras se intentaba facilitar los procedimientos ambientales, esta corte se vio plagada de preguntas sobre la legitimación para presentar demandas de interés público, el pago de tasas judiciales, dificultades para obtener pruebas y hacer cumplir las órdenes judiciales. A partir de junio de 2014, la provincia de Fujian fue la primera zona en contar con un tribunal piloto a nivel de corte superior provincial. La corte de Fujian está formada por los miembros judiciales, conjuntamente con una docena de consultores con formación técnica contratados para asistir a la corte (Wang & Gao, 2010, pp. 37-40).

La Corte Suprema de China ha creado un tribunal especial que se encargará exclusivamente de las cuestiones ambientales[58]. Mientras que la mayoría de las disputas ambientales son atendidas por cortes ambientales

[55] Acta del Tribunal de Apelaciones sobre Manejo de Recursos y Planificación 1993 (Tas) (Australia).

[56] Ley sobre Manejo del Ambiente y Control de la Contaminación 1994, sch pt1 (Tas) (Australia).

[57] Ley sobre Manejo del Ambiente y Control de la Contaminación 1994, sch pt1 (Tas) (Australia).

[58] Zheng Xuelin, admitido como jefe del nuevo tribunal, fue anteriormente juez de la Corte Suprema Popular.

a nivel provincial, este tribunal trabaja para reforzar el estado de derecho mediante la integración, investigación y orientación a cortes inferiores en materia ambiental. A este respecto, aunque no es el tribunal más poderoso, el tribunal especial ambiental chino contribuye a los intentos de China de tener mayor uniformidad y responsabilidad entre todas las cortes ambientales locales.

Las condiciones políticas y sociales de China han tenido un impacto significativo en el desarrollo de las cortes ambientales chinas, incluyendo su estructura, jurisdicción y eficacia. El Partido Comunista gobierna China de forma estricta, permitiendo libertades individuales limitadas y con poco o ningún espacio para la disidencia política seria (Nassereith, 2018). Por ejemplo, a lo largo de década de 1990, cientos de empresas contaminaron el lago Tai, en el delta de Yangtsé, en la provincia de Jiangsu. Un pescador convertido en activista ambiental, Wu Lihong, comenzó a monitorear la calidad del agua y organizó una campaña informativa sobre los contaminantes presentes en el agua. Esta acción tuvo como resultado acoso y, eventualmente, el encarcelamiento del señor Lihong por funcionarios locales y la policía[59]. En este sentido, las cortes locales han sido cuestionadas no solo por la débil ejecución de las leyes ambientales por parte de los funcionarios locales, sino por los «imposiblemente altos estándares» impuestos a solicitantes que presentan asuntos ambientales ante la corte (Yee, 2014, p. 9). Además, una vez que se inician los procedimientos, los sobornos o presiones indebidas impuestos por los funcionarios locales sobre los solicitantes, a menudo resultan en soluciones anticipadas o el retiro de los reclamos ambientales (Lo & Tang, 2014, p. 249). En algunos aspectos, esto refleja la prioridad y el enfoque de China en el crecimiento económico en las últimas décadas (Hart & Cavanagh, 2016). Sin embargo, en 2015, China promulgó una Ley de Protección del Medio Ambiente que impone

[59] «China's Dirty Secret: The Boom Poisoned Its Soil and Crops». Yale E360, e360.yale.edu/featur es/chinas_dirty_pollution_secret_the_boom_poisoned_its_soil_and_crops

sanciones significativamente más elevadas a los infractores, incluyendo penas de prisión de corta duración con la intención de avergonzar a los infractores por incumplimiento y sanciones para los funcionarios de los gobiernos locales que no han hecho cumplir las leyes locales[60]. Aquí nos encontramos con el uso legal de un valor cultural que puede no ser transferible a otras culturas: hacer pasar vergüenza a un infractor. En la práctica, la Ley de Protección del Medio Ambiente otorga a las cortes ambientales chinas una mayor y más poderosa jurisdicción para resolver las disputas ambientales en las que están implicados tanto los ciudadanos privados como las autoridades gubernamentales[61].

La creación del Tribunal Nacional Verde (TNV) en la India fue la culminación de décadas de avances políticos y legislativos. El Gobierno Central de la India promulgó una ley que creó el Tribunal Nacional del Medio Ambiente en 1995 y la Autoridad Nacional de Apelación Ambiental en 1997, con el fin de revisar las decisiones administrativas referentes a las evaluaciones de impacto ambiental, pero la legislación nunca fue implementada y los organismos nunca llegaron a ser establecidos (Amirante, 2012, pp. 441-469). En 2003, la Comisión de Derecho de la India (CDI) publicó su informe 186, «Propuesta de Constitución de Cortes de Medio Ambiente» en el que la CDI resaltaba que al «tratar el tema de las Cortes Ambientales [había la] necesidad de desarrollar una jurisprudencia en esta rama del derecho que también concuerde con los avances científicos y tecnológicos y los tratados, convenciones o decisiones internacionales». En conclusión, la CDI recomendó que «el Parlamento promulgara una ley en virtud del artículo 253 de la Constitución de la India, para la constitución de Cortes Ambientales en cada estado (o grupo de estados) teniendo jurisdicción original y para

[60] Ley de Protección Ambiental de la República Popular China. Adoptada por la 8va. Sesión del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional, 24 de abril de 2014, efectiva el 1de enero de 2015.

[61] Compárense, por ejemplo, las disposiciones sobre demandas ciudadanas en el capítulo 7 sobre participación pública.

apelaciones». La creación del Tribunal Nacional Verde en la India es particularmente significativa desde la perspectiva de derecho ambiental comparado, ya que en su informe la CDI utilizó los ejemplos de «cortes ambientales especializadas en Australia, Nueva Zelanda y en algunos otros países, que están compuestas por jueces y comisionados expertos» para justificar la recomendación para la creación de una corte ambiental en la India[62].

Tras un debate parlamentario, se creó el TNV a través de la Ley del Tribunal Nacional Verde de 2010[63], con el fin de tratar disputas sobre cuestiones relacionadas con la protección ambiental o la conservación de los recursos[64]. De conformidad con el artículo 14(2)(m) de dicha ley, el TNV tiene competencia para juzgar cualquier «cuestión sustancial relacionada con el ambiente», ya sea como una cuestión de impacto ambiental o daño a la salud pública, que surja en virtud de violaciones de las leyes enumeradas en el anexo I[65]. El TNV es un tribunal creado en virtud de una ley, a diferencia de las Cortes Superiores o Suprema, creados según la Constitución de la India. El TNV está conformado por una jurisdicción principal situada en Nueva Delhi y de jurisdicciones zonales en las zonas oriental, occidental, sur y central de la India. De conformidad con el estatuto, el TNV no está sujeto a las reglas de evidencia según la Ley de Pruebas de la India de 1872, a diferencia de las cortes superiores y la Corte Suprema, y depende de los principios de la justicia natural en el

[62] Reporte 186 sobre la Propuesta para Conformar Cortes Ambientales. Comisión de Leyes de India, setiembre de 2003. lawcommissionofindia.nic.in/reports/186th report.pdf

[63] Acta 19 del Tribunal Nacional Verde, Código Indio, 2010, vol. 19.

[64] Acta del Tribunal Nacional Verde §14.

[65] Acta 19 del Tribunal Nacional Verde, Código Indio, 2010, vol. 19. La lista1permite los siguientes estatutos: (1) El acta de Prevención y Control de la Contaminación del Agua, 1974; (2) El acta de Prevención y Control de la Contaminación del Agua, 1977; (3) El acta de Conservación de Bosques, 1980; (4) El acta de Prevención y Control de la Contaminación del Aire, 1981; (5) El acta de Protección Ambiental, 1986; (6) El acta de Seguros por Daños Públicos, 1991; y (7) El acta de Diversidad Biológica, 2002.

desempeño de sus funciones. El TNV ejerce una jurisdicción original en casos civiles que tratan alguna controversia sustancial relacionada con el ambiente, junto con ciertos tipos de jurisdicción especial y de apelación. Una de las diferencias más importantes entre el TNV y las cortes superiores y la Corte Suprema, es que su composición incluye a miembros y expertos judiciales, estos últimos con experiencia en temas ambientales. Esto permite al TNV abordar cuestiones técnicas científicas en la solución de disputas ambientales o sobre preguntas relacionadas con el ambiente. La ley ordena que las decisiones del TNV se guíen por los principios del derecho ambiental, como el desarrollo sostenible, el principio precautorio y el principio de quien contamina paga (Brara, 2018).

La naturaleza única del TNV como órgano con competencia ambiental es resumida por Gitanjali Nain Gill: «la ciencia tiene un profundo efecto en nuestra comprensión y respuesta a las cuestiones ambientales. La ciencia tiene una función y un efecto similar dentro del TNV El conocimiento científico independiente e interno se ha convertido en parte del análisis que produce decisiones judicialmente vinculantes» (Gill, 2015, pp. 175-205). En 2015, apenas cinco años después de la creación del TNV, Gill observó que el tiempo diría si se había tendido una trampa de Tucídides, como lo demuestran las «crecientes feudos por espacios entre diversos intereses e instituciones involucrados en la regulación ambiental y la jurisprudencia ambiental» y que el éxito del TNV había «dado lugar a expresiones de ansiedad focalizadas en la poderosa posición alcanzada por el Tribunal dentro de un período relativamente corto». Entre 2011 y 2016, el TNV emitió 2051 sentencias sobre casos ambientales (Rengarajan, 2018, pp. 11313-11315).

La investigación de Gill en 2015 reveló un ejemplo de feudo, que también ejemplifica la recentralización de un órgano con competencias, cuando el Gobierno Central, a través del Ministerio del Ambiente y Bosques, intentó ejercer el control mediante la confrontación con el TNV, introduciendo restricciones presupuestarias que resultaron en una escasez de infraestructura y servicios (Rengarajan, 2018, pp. 11313-11315).

En setiembre de 2013, el Gobierno Central presentó una declaración jurada ante la Corte Suprema de la India, en la que afirmaba que el TNV «no estaba funcionando de acuerdo con las disposiciones del TNV […] resultando en una situación embarazosa para el Gobierno ante el Parlamento». La Corte Suprema señaló que la declaración jurada mostraba que «el tribunal es una pajilla en el ojo para el Gobierno […] primera vez que el Gobierno presenta una declaración jurada que atenta contra un órgano cuasi judicial»[66]. La actual ausencia de miembros designados las jurisdicciones zonales del TNV es indicativa de una posible tendencia a la dilución de la fuerza del TNV a largo plazo. Según las listas de causas diarias publicadas por el TNV en su sitio web en julio de 2019, las audiencias en las jurisdicciones zonales se estaban llevando a cabo a través de videoconferencias con la jurisdicción principal en Nueva Delhi, sin la presencia de miembros judiciales o expertos designados en las jurisdicciones zonales.

En la India, el Tribunal Nacional Verde es el principal foro estatal encargado de resolver las disputas ambientales. Aunque se trata de un tribunal único en un vasto continente, el TNV es globalmente significativo como tribunal ambiental por los sólidos fundamentos ambientales en el derecho constitucional. Desde 1976, la Constitución de la India ha incluido disposiciones que exigen al gobierno la protección ambiental, así como mejorar proactivamente los bosques y la vida silvestre del país[67]. Además, los ciudadanos indios tienen un correspondiente deber constitucional de proteger y mejorar el ambiente[68]. Partiendo de esta premisa, el TNV tiene el potencial de impactar y hacer progresar la protección y conservación ambiental en un continente donde viven más de 1200 millones de ciudadanos (Amirante, 2012, pp. 441, 455-458).

[66] «Green Tribunal Exceeding Its Brief: Govt to SC: India News - Times of India, timesofindia.indiatimes.com/india/Green-tribunal-exceeding-its-brief-Govt-to-SC/articleshow/22527436.cms

[67] Constitución de la India, arts. 48 y 51(g), modificado por la Enmienda 42, 2007.

[68] Constitución de la India, art. 48(a).

En el 2010, una enmienda constitucional hizo que Kenia fuera el primer Estado de África en contar con un tribunal ambiental especializado[69]. La Corte de Medio Ambiente y Tierras de Kenia es una corte de nivel superior, situándola al mismo nivel que la Corte Suprema, la Corte Superior y la Corte de Apelación[70]. De conformidad con el artículo 162(2)(b) de la Constitución de Kenia, la Corte de Medio Ambiente y Tierras es el único con jurisdicción exclusiva original, supervisora y de apelación sobre las cuestiones ambientales en las decisiones de las cortes ambientales inferiores o de cualquier otro tribunal o corte ambiental[71]. Según el artículo 165(5)(b) de la Constitución de Kenia, la Corte de Medio Ambiente y Tierras tiene amplios poderes para hacer frente a disputas relacionadas con la administración y gestión de tierras, los casos relativos a tierras públicas, privadas y comunitarias y contratos, y elecciones en acción u otros instrumentos que otorguen cualquier interés ejecutorio en la tierra, incluyendo el impacto ambiental del mismo[72].

Uno de los mayores desafíos que enfrenta la Corte de Medio Ambiente y Tierras de Kenia es la integración, ya que varios tribunales generalistas pueden remitirle cuestiones, en virtud de diversas leyes habilitantes. A pesar de la falta de claridad o coherencia sobre qué órgano puede atender la disputa ambiental inicial (Kaniaru, 2012, p. 575), es claro que la Corte de Medio Ambiente y Tierras tiene una amplia competencia para atender asuntos relacionados con el «ambiente y el uso

[69] Constitución de Kenia, art. 162(2), 2010. Ver también Kaniaru, 2012, pp. 566, 571.

[70] Constitución de Kenia, art. 164, 2010; Acta 7 de la Corte Suprema de Kenia, 2011.

[71] Constitución de Kenia, art. 162(2)(b), 2010, § 165(5)(b). La corte, con poderes para tratar disputas relativas a la administración y gestión de tierras, también está facultada para conocer los casos referentes a las tierras públicas, privadas y comunitarias y contratos, elecciones en acción u otros instrumentos que otorguen interés ejecutorio en la tierra.

[72] An Assessment of the Performance of the Environment and Land Court: 12th Scorecard Report. *Land Development and Governance Institute*, 2013, p. 5.

y la ocupación de tierras o su titularidad», tal como se lo asigne la corte inferior pertinente[73].

En comparación, el ímpetu para el desarrollo de tribunales ambientales en los Estados Unidos ha sido totalmente diferente. En muchos sentidos, Estados Unidos ha sido un líder mundial en la reforma de la jurisprudencia de protección ambiental desde la década de 1970 (Wolgast, 2010, pp. 185, 199). Desde entonces, se han desarrollado numerosas vías a nivel federal, estadual y local para administrar y hacer cumplir las leyes de protección y conservación ambiental y para resolver las disputas relacionadas con cuestiones ambientales. En los Estados Unidos no se encuentran cortes especializadas que se dedican a cuestiones ambientales. En su lugar, ya sea en la jurisdicción de uno de los cincuenta estados o la federación, la mayoría de las disputas comienzan ante agencias de derecho administrativo, como la Junta de Audiencias Ambientales de Pensilvania o la Junta de Apelaciones Ambientales de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (AFPA). La Junta de Apelaciones Ambientales de la AFPA es la encargada de tomar la decisión final sobre apelaciones administrativas en virtud de las principales leyes ambientales que administra la AFPA. Situada en Washington, D.C., la Junta es un tribunal imparcial e independiente para fines sustantivos de la Agencia, a excepción de la oficina inmediata del administrador. Los casos de la Junta consisten principalmente de apelaciones de decisiones sobre permisos y decisiones sobre sanciones civiles administrativas, así como peticiones para el reembolso de costos incurridos en el cumplimiento de las órdenes de limpieza emitidas según la Ley de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambiental Integral de 1980 (LIRCRA). Los cuatro jueces de apelaciones ambientales de la Junta se reúnen en paneles de tres y toman decisiones por mayoría de votos. Aunque se denomina la Junta «de apelación», las apelaciones se refieren a decisiones administrativas de la AFPA, no a decisiones del órgano judicial. Ocho abogados y dos

[73] Acta de la Corte de Kenia sobre Ambiente y Tierra, 2011, Nº 19.

profesionales administrativos respaldan a los jueces. Las apelaciones de las decisiones de las agencias administrativas estaduales o federales de primera instancia en los Estados Unidos se suelen conocer en las cortes de jurisdicción general o federal, respectivamente, en segunda instancia.

La Junta de Apelaciones Ambientales ofrece un Programa de Resolución Alternativa de Disputas (PRAD) para asistir a las partes a resolver las disputas ante la Junta. El programa PRAD de la Junta ofrece a las partes la opción de participar en el PRAD con la asistencia de algunos de los jueces de la Junta, que actúa como mediador neutral. Como ejemplo del derecho comparado en la práctica, según la AFPA de Estados Unidos:

> La Junta también sirve como repositorio de experiencias dentro del gobierno federal en materia de competencia administrativa ambiental. Los jueces y abogados de la Junta han proporcionado capacitación y compartido su experiencia sobre competencia ambiental, tanto a nivel nacional como internacional, con un número considerable de jueces, abogados, especialistas ambientales, funcionarios del gobierno a nivel local, estadual y federal y organizaciones de la sociedad civil. La Junta ha realizado capacitación para jueces de Asia, América Central y Sur, Europa del Este y el Oriente Medio[74].

Una mayor comprensión sobre la situación del derecho ambiental en la cultura jurídica estadounidense se deriva de la forma en la que los Estados Unidos divide las áreas conceptuales del derecho. La educación y la práctica jurídica estadounidense no dividen las discusiones sobre derecho sustantivo en derecho privado y derecho público. Bien se podría escribir sobre cuestiones de derecho público y privado en el mismo párrafo (Wilder, 2012, pp. 232-235), mientras se discute sobre el derecho ambiental o se podría cómodamente insertar preguntas sobre constitucionalidad y derechos de los estados en la discusión de una

[74] AFPA, Agencia de Protección Ambiental, yosemite.epa.gov/oa/eab_web_docket.nsf

disputa privada (Barker, 1992, p. 234). El derecho ambiental para un abogado de derecho común suele implicar tanto intereses públicos como privados, como se puede observar en los numerosos casos presentados por organismos administrativos del Estado contra ciudadanos particulares. Durante el nacimiento del derecho ambiental como un área separada del derecho, la corte señaló en el caso *Boomer v. Atlantic Cement Company* de 1970 que el derecho privado no resuelve algunos problemas —en este caso sobre el ambiente natural— y que el derecho público tendría que hacerlo. La corte escribió:

> Parece evidente que el mejoramiento de la contaminación del aire dependerá de una investigación técnica muy a fondo; sobre una consideración cuidadosamente equilibrada del impacto económico de una regulación estricta y del efecto real sobre la salud pública. Es probable que se requiera un gasto público masivo y que se exija más de lo que cualquier comunidad local pueda lograr y depender de controles regionales e interestatales. Una corte no debería intentar de hacerlo por sí sola como consecuencia de un litigio privado y parece claro que el sistema de justicia no está equipado, por la naturaleza limitada de cualquier sentencia que pueda pronunciarse, ni preparada para establecer y aplicar una política eficaz para eliminar la contaminación del aire. Se trata de un área que va más allá del ámbito de una demanda privada. Es una responsabilidad directa del gobierno y, por tanto, no debe emprenderse como un incidente para resolver una disputa entre dueños de propiedades y una sola planta de cemento[75].

Cabe hacer varias observaciones al respecto. El juez escribió desde la posición de que, hasta ese momento, se habría esperado resolver un conflicto de contaminación del aire como un problema privado. En esta línea, Stephen Subrin y Margaret Woo han comentado que «es a los litigios civiles que los americanos acuden con frecuencia para la

[75] *Boomer v. Atlantic Cement Company*, 26 NY2d 219, 223 (1970).

reparación de los males sociales. Es una cultura basada en los derechos la que ha dado forma y es reconfigurada por el proceso de litigación» (Subrin & Woo, 2006, p. 7). Pero el juez en el dictamen de *Boomer* le dice a la audiencia que la resolución privada de una disputa de contaminación del aire fracasa y concluye por tanto que el problema debe ser de derecho público y de aplicación estadual. Hay que tener en cuenta que, hasta ese momento, la posición por defecto era la de resolver el problema mediante la acción privada, no mediante el control estatal[76].

La Corte Ambiental de Chile, creada por ley 20600 de 2012, complementa otras nuevas instituciones ambientales chilenas, permitiendo a todos los ciudadanos acceder a la justicia ambiental y a la revisión judicial de resoluciones y decisiones administrativas en materia de disputas legales ambientales. Esta corte es autónoma e independiente de la Administración. La Corte tiene una composición mixta, integrada por dos vocales abogados y uno con el título universitario de licenciado en Ciencias, quienes combinan el análisis jurídico, científico y técnico de los asuntos que se debaten ante ella. Sin embargo, desde su creación, el análisis técnico ha sido deficiente, ya que el enfoque de las disputas dirigidas por abogados privados casi siempre se basa en cuestiones jurídicas, en lugar de técnicas.

[76] En consecuencia, cuando el Estado decide tomar medidas, las infracciones suelen ser las más graves y el Estado considerará que su posición legal debe reflejar la gravedad de la situación. Esto ayuda a explicar la sanción que AFPA de Estados Unidos solicitó en el litigio de 2016 contra Volkswagen. Los medios de comunicación alemanes parecían creer que, como empresa extranjera, Volkswagen estaba siendo sancionada fuera del ámbito normal. Esa sospecha podría haber tenido sentido en una cultura jurídica de planificación y administración de derecho civil, como es la de Alemania, pero en una cultura jurídica de litigio como la de Estados Unidos, la sanción solicitada estaba dentro de las normas de litigio para una acción de la AFPA, como el caso la AFPA de EE.UU. y *California Air Resources v. Volkswagen* No: MDL No. 2672 CRB (JSC) (2016). Adicionalmente, el hecho de que los Estados Unidos comience con la esperanza de que las personas resuelvan los errores antes de que el Estado se involucre significa que, además de la acción de la AFPA contra Volkswagen, los propietarios de vehículos defraudados emprendieron una acción colectiva privada contra Volkswagen.

Hay tres cortes ambientales. Una en el norte, una en el centro y otra en el sur del país. Las decisiones finales de la corte ambiental, aunque no forman parte del sistema judicial general, están sujetas a revisión solo a través del recurso de casación ante la Corte Suprema. Cualquier persona o institución jurídica puede presentar una demanda ante la corte ambiental por asuntos dentro de su competencia. La principal jurisdicción de la corte ambiental es la de resolver disputas administrativas ambientales con el fin de tratar obligaciones ambientales privadas.

Asimismo, cualquier persona o institución que sufra un agravio como consecuencia de la ilegalidad en los actos administrativos o como resultado de reglamentos dictados por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y otros organismos gubernamentales con competencias en la gestión ambiental, como el sistema de EIA, podrán ser llevados ante la corte para conseguir una reparación.

Además, las demandas para reparar daños ambientales pueden ser presentadas ante la corte por cualquier persona o institución que haya experimentado algún daño y, por lo tanto, está buscando una reparación: las municipalidades (ayuntamientos) para reclamos generados dentro de sus propias jurisdicciones y el Estado a través del Consejo de Defensa del Estado. La SMA también puede solicitar medidas cautelares, en las cuales la corte puede emitir una resolución de denegación o confirmación.

Para todos los países, la jurisdicción integral para conocer, determinar y finalizar las disputas bajo leyes ambientales en la jurisdicción es una característica clave de los tribunales ambientales exitosos (Preston, 2014, p. 365). La existencia de una jurisdicción comprehensiva (Preston, 2014, p. 373) y la capacidad de adjudicar diversos tipos de asuntos (administrativos, judiciales y de apelación) es clave. En combinación, esto concede a las cortes y los tribunales ambientales la capacidad de adoptar un «enfoque creativo e innovador de 'solución de problemas' para restringir, remediar o compensar por el daño ambiental» para fomentar la determinación efectiva de los aspectos

legales y no legales de la disputa ambiental (Preston, 2014, p. 376). Es evidente que una jurisdicción más amplia, como por ejemplo, en la India y en Brasil, da lugar a una gran cantidad de expedientes y menos tiempo para encargarse de las complejas cuestiones técnicas que pueden estar implicadas en los casos. A su vez, un gran número de casos puede tener repercusiones en las cuestiones de procedimiento, incluida la experiencia del árbitro y el uso de expertos.

3.2. Procedimiento judicial

Una corte ambiental creada por la constitución o la ley suele adoptar normas o estructuras procesales para adaptarse mejor a las disputas ambientales, relativas a legitimación, jurisdicción, especialidad en la competencia, evidencia (estándares de la prueba) y soluciones, cada una de las cuales es notablemente diferente a las de cortes de jurisdicción general. Como ya se ha señalado, las normas sobre legitimación tradicionales no se alinean bien con las disputas ambientales, por lo que son enmendadas en la legislación que concede específicamente jurisdicción a las cortes o tribunales ambientales para que juzguen las disputas. Por ejemplo, las leyes nacionales y subnacionales ambientales de planificación y desarrollo en Australia que asignan jurisdicción a los tribunales ambientales[77] tienen reglas amplias sobre legitimación que permiten a cualquier persona cuyos intereses se vean afectados por la conducta o que haya participado recientemente en actividades de protección ambiental[78] pueda iniciar una acción judicial contra una conducta contraria a la ley pertinente (Fisher, 2014, pp. 613-614; Stein, 1996, p. 179). En algunos casos, no es necesario que los derechos de la persona interesada hayan sido afectados

[77] Acta de Protección Ambiental y Biodiversidad, 1999 (Australia); Acta de Planificación y Evaluación Ambiental, 1979(NSW) (Australia). Ver Bates, 2016, pp. 808-809.

[78] Acta de Protección Ambiental y Biodiversidad, 1999 § 475(6)-(7)(Cth) (Australia); Acta de Planificación y Evaluación Ambiental, 1979(NSW) (Australia), sección 123.

en el momento de presentar un reclamo[79]. Por ejemplo, el caso *Building Owners and Managers Association of Australia v. Sydney City Council* confirmó que una persona tiene legitimación en virtud de la legislación ambiental en Australia a pesar de no tener ningún «interés pertinente» en el resultado de los procedimientos[80]. En muchos aspectos, este resultado parece reflejar la creciente popularidad y aceptación de los órganos de adjudicación ambiental como un lugar en el que los ciudadanos y grupos de interés pueden buscar justicia ambiental, a pesar de no tener ninguna conexión formal con el asunto pertinente[81]. Esto se confirmó en apelación, sobre la base de que un observador que creía firmemente en un incumplimiento de la ley ambiental como para cuestionar si el incumplimiento debería ser permitido, podría dirigir esa pregunta a la corte apropiada[82]. A este respecto, la India adopta un enfoque igualmente amplio sobre la legitimación. De conformidad con la Ley del Tribunal Verde Nacional § 18, las demandas pueden ser presentadas por «cualquier persona agraviada, incluido cualquier organismo u organización representativa», lo que ha sido interpretado para abarcar las demandas presentadas por Organizaciones No Gubernamentales[83]. Este enfoque tan amplio ha sido aplaudido porque desarrolla el litigio de interés público y permite que la sociedad civil participe en la protección ambiental (Stein, 1996). Si bien este puede ser un punto importante de diferencia con la competencia sobre disputas ambientales en cortes especializadas o generales, también puede ser una característica que distingue las cortes y los tribunales ambientales entre sí en relación a

[79] Acta de Planificación y Evaluación Ambiental, 1979 § 123(NSW) (Australia).

[80] 84 LGRA 54 (1984).

[81] Por ejemplo, referirse al interés público en las recientes decisiones de planificación de la mina de carbón de Adani: *Gloucester Resources Limited v Minister for Planning* [2019] NSWLEC 7.

[82] *Sydney City Council v Building Owners and Managers Association of Australia* 388-389(1985) 2 NSWLR 383 (Australia).

[83] Ley del Tribunal Nacional Verde, § 4(2); Amirante, 2012, p. 464.

su éxito para ejercer la competencia sobre disputas ambientales de una manera ambientalmente progresista y eficaz.

3.3. Experiencia del magistrado

Partiendo de la premisa de que las disputas ambientales exigen conocimientos especializados y experiencia en una serie de asuntos técnicos, es importante que los magistrados (entendidos en sentido amplio e incluyendo por ejemplo, mediadores, árbitros, jueces, etcétera) que presiden las disputas sean «ambientalmente letrados» (Preston, 2014, p. 377). Entre los países comparados, las cortes y los tribunales ambientales de Australia, Brasil, Kenia, India y Chile imponen a los magistrados requisitos respecto a su experiencia y experticia. Aunque los requisitos en sí difieren en cada jurisdicción, el requisito general de que un magistrado cuente con cierta experiencia y experticia en asuntos ambientales es común a estas jurisdicciones.

En Australia, la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur y la Corte de Medio Ambiente, Recursos y Desarrollo de Australia de Sur exigen que los jueces y comisionados tengan experticia técnica mínima y un continuo desarrollo profesional. Por ejemplo, los jueces deben tener experiencia en una corte superior o ser un abogado con al menos siete años de experiencia[84] y los comisionados deben tener conocimientos prácticos y experiencia en áreas que incluyen la ecología, el urbanismo, la ingeniería, gestión de vegetación nativa, etcétera[85]. En comparación, si bien no se impone tal nivel de conocimientos a los jueces de la Corte de Planificación y Medio Ambiente de Queensland, los jueces son convocados de un «colegio informal» de jueces (generalistas) de la Corte del Distrito, conocidos por su experticia y experiencia en

[84] Ley de la Corte de NSW sobre Tierra y Ambiente, 1979, § 8 (Australia).

[85] Ley de la Corte de NSW sobre Tierra y Ambiente, 1979 § 12; Ley sobre Recursos Ambientales y Desarrollo, 1993, § 10 (SA) (Australia).

asuntos ambientales (Walton, 2012). En Kenia se adopta un enfoque similar, donde a los magistrados no solo se les exige ser expertos en la materia, sino también tener el mínimo de experiencia en la resolución de conflictos. De conformidad con el § 7 de la Ley de la Corte de Medio Ambiente y Tierras de 2011 de Kenia, todos los magistrados de la Corte de Medio Ambiente y Tierras deben tener por lo menos diez años de experiencia como académicos distinguidos o profesionales jurídicos con conocimientos y experiencia en asuntos relacionados con el ambiente o tierras. Requisitos similares son impuestos por la Junta de Apelación para la Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente de Dinamarca, donde un panel de magistrados puede estar compuesto de dos maneras: por un presidente más dos jueces de la Corte Suprema o designaciones políticas o, alternativamente, por un presidente más de dos a cuatro expertos designados (Tegner, 2010, pp. 111-113).

En contraste, la India aborda el tema de la experticia de los magistrados imponiendo normas estrictas sobre los miembros del Tribunal Nacional Verde, en relación con el número y la proporción de miembros judiciales y expertos. La Ley del Tribunal Nacional Verde establece que, si bien pueden haber entre 21 y 41 miembros del Tribunal, además del presidente único, el banco debe estar compuesto por entre diez y veinte miembros judiciales a tiempo completo y por otros diez a veinte miembros expertos[86]. Los jueces deben tener una maestría en Ciencias con un doctorado o una maestría en Ingeniería o Tecnología, ambos con un mínimo de quince años de experiencia y cinco años de experiencia técnica[87]. Brasil también tiene un gran número de miembros judiciales para el CSJB, que consiste en 33 jueces, seleccionados por igual del grupo de jueces que sirven a cualquiera de los cinco cortes del Circuito

[86] Acta del Tribunal Nacional Verde, § 4.

[87] Acta del Tribunal Nacional Verde, § 10.

Federal de Apelación, las cortes supremas estaduales o mayormente, de abogados y fiscales admitidos a la práctica a nivel estadual o federal[88].

En Chile, la composición de cada corte ambiental es bastante compleja. Existen cuestiones sobre conflictos de intereses, denominadas inhabilitaciones, de tal manera que si una persona ha asesorado o prestado servicios profesionales a personas o entidades que tengan la posición de parte en un caso determinado, dentro de los dos años antes de la fecha de su ingreso o durante el procedimiento sancionador por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente que lo originó, así como en el proceso de evaluación ante el Servicio de Evaluación Ambiental, dicha persona será descalificada. Además, se prohíbe a los jueces por un período de dos años contados a partir de cuando dejaron de ejercer el cargo, asesorar o prestar servicios profesionales a personas naturales o jurídicas en procedimientos de cualquier naturaleza que se lleven a cabo en las cortes ambientales ubicadas en la región en la que ejercieron su posición. Este plazo se reduce a un año en el caso de otras cortes ambientales. Además, el cargo de ministro de la corte ambiental es un puesto que requiere dedicación exclusiva y se considera incompatible con cualquier otro empleo, cargo, función o comisión, remunerado o no, en entidades privadas o públicas, ya sea como procuradores fiscales, municipales, autónomos o semifiscales, en empresas del Estado o en las que se tenga participación por aportes de capital. Asimismo, se considera el cargo como incompatible con cualquier puesto de elección popular. Por último, hay requisitos de experticia. Los jueces que son abogados deben tener un título en derecho, haber ejercido la profesión durante al menos ocho años y haber destacado en la actividad profesional o académica especializada en el derecho administrativo o ambiental. El experto científico debe haber obtenido una licenciatura en Ciencias con especialización en asuntos ambientales y tener ocho años de práctica profesional.

[88] Constitución Federal [C.F.] art. 104, caput, cl. III (Brasil).

3.4. Las reglas de evidencia y los expertos

Los conocimientos ambientales y la experticia son igualmente importantes en la evaluación de las pruebas técnicas y periciales que suelen utilizarse en las disputas ambientales. A diferencia de lo que ocurre en las cortes de jurisdicción general, las prácticas de los tribunales ambientales permiten a los jueces, algunas veces, prescindir de las reglas estándar de evidencia, con el fin de informarse de las cuestiones técnicas según sea necesario[89]. A menudo esta información es proporcionada por expertos independientes, a los que se recurre de numerosas maneras durante la determinación de una disputa ambiental.

El papel del juez y de los expertos independientes en el contexto de las disputas ambientales depende de la naturaleza del sistema jurídico. Por ejemplo, en los sistemas jurídicos de Australia, Etiopía, Estados Unidos, Brasil o Chile, las partes en conflicto presentan sus argumentos (incluyendo cualquier prueba pericial) ante un juez imparcial, que toma la decisión final. En contraste, en los sistemas jurídicos inquisitoriales de China o Finlandia, el juez desempeña un papel más importante en la investigación de los argumentos y la evidencia relacionadas con el caso. Sin embargo, en las cortes y los juzgados ambientales, el papel de los jueces y los expertos es híbrido, con una línea divisoria poco definida entre los enfoques inquisitoriales o acusatorios. Por ejemplo, en los cuatro tribunales ambientales australianos, los expertos tienen el deber primordial de asistir al tribunal, en lugar de a las partes[90]. Esto se suma a cualquier código de ética o conducta adoptado por expertos

[89] Acta de la Corte de NSW sobre Tierra y Ambiente, 1979 § 38(2) (Australia); Reglamento de Prácticas Judiciales sobre Planeamiento y Ambiente, 2010r 23 (Queensland); Acta sobre Recursos Ambientales y Desarrollo, 1993 § 21 (SA) (Australia).

[90] Reglamento de Procedimientos Civiles, 2005 sch 7(2) (NSW) (Australia); Reglamento de Prácticas Judiciales sobre Planeamiento y Ambiente, 2010f 26(e) (Queensland) (Australia); Acta sobre Recursos Ambientales y Desarrollo, 1993 § 27(SA) (Australia); South Australia, Instrucciones de Prácticas de Manejo de Recursos y Planeamiento del Tribunal de Apelaciones, 48 [*Practice Direction* 12A, r2] (2017).

como parte de su acreditación profesional[91]. Si bien los expertos pueden seguir siendo designados por las partes, las normas de procedimiento permiten al magistrado remitir cualquier cuestión técnica a un perito para su investigación[92]. Se requiere que los expertos discutan para elaborar informes conjuntos sobre cuestiones técnicas acordadas[93] o que aporten pruebas concurrentes al magistrado en las sesiones de paneles[94]. En una encuesta realizada en el 2015, se constató que los expertos apoyaban los formatos concurrentes o de concesión, ya que así pueden proporcionar información técnica al tribunal sin que los expertos sean presionados a ponerse de acuerdo entre sí (De Villiers, 2015, pp. 92-93). Los expertos también pueden involucrarse en asuntos juzgados por el Tribunal Nacional Verde de la India, donde el presidente tiene amplia discreción para «invitar a una o más personas que tengan conocimientos especializados y experiencia en un caso concreto ante el [Tribunal Nacional Verde] para asistir […] en ese caso»[95].

En los países comparados, aunque los expertos son una característica común de muchas cortes y tribunales ambientales, se imponen diferentes requisitos en cuanto a su experiencia. También se aplican normas diferentes en cuanto a la frecuencia y la finalidad con la que los magistrados pueden recurrir a los expertos en el curso de juzgar las disputas ambientales. Mientras algunos comentaristas consideran que el tipo de sistema jurídico influye en la forma en que se puede recurrir a expertos en estos asuntos y, más específicamente que la «variación inquisitorial en un sistema [acusatorio]» ofrece ventajas en cuanto a la flexibilidad del proceso y el manejo de pruebas de expertos (Muirden, 2008, pp. 425, 448), todavía se necesitan mejoras para integrar conceptos y mecanismos

[91] Por ejemplo, el Código de Ética y Conducta Profesional del Instituto Ambiental de Australia y Nueva Zelanda (24 de octubre de 2012).

[92] Acta de Recursos Ambientales y Desarrollo 1993 § 27 (SA) (Australia).

[93] Reglamento de Planeamiento y Ambiente de la Corte 2018 r 27 (Queensland).

[94] South Australia, p. 49, n 141 [Regla de práctica 12, r 12.8].

[95] Ley del Tribunal Nacional Verde § 4(2).

técnicos para abordar la incertidumbre tanto en el derecho como en las disciplinas científicas (pp. 439-440).

3.5. Referencia a los principios del derecho ambiental y a los objetivos de la planificación

Debido a su especialización y a su competencia legislativa, los magistrados son más propensos a recurrir a los principios del derecho ambiental internacional y a los objetivos de planificación para resolver las disputas ambientales, como el principio precautorio, el principio de quien contamina paga, la equidad intergeneracional y el desarrollo ecológicamente sostenible. En muchos casos, estos principios conforman objetivos legislativos y planes de implementación pertinentes para el propio tribunal ambiental[96], o de la legislación que confiere la jurisdicción[97]. Esto ha sido vital en muchos casos, incluida la audiencia original de *Gray v. el ministerio de Planificación*, en la que la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur confirma que la equidad intergeneracional debe considerarse cuando se decide otorgar una aprobación para la planificación de una nueva mina de carbón térmico[98].

En contraste, los magistrados de la Corte de Medio Ambiente y Tierra de Kenia tienen instrucciones expresas de remitirse a los principios del derecho ambiental internacional y aplicarlos cuando juzguen las disputas ambientales. En particular, la ley de Cortes sobre Medio Ambiente y Tierras de 2011 (Kenia), en su sección 18, establece los principios por los que debe guiarse la corte; la legislatura elaboró una lista que incluía una mayor participación pública, la aplicación de los principios culturales

[96] Ley sobre Manejo Ambiental y Control de Contaminación, 1994 sch 1 (SA) (Australia).

[97] Por ejemplo, la ley de Planeamiento y Evaluación Ambiental, 1979 § 1.3 (NSW) (Australia); la ley de Protección Ambiental, 1994 § 3 (Queensland) (Australia).

[98] *Gray v. The Minister for Planning, Director General of the Department of Planning and Centennial Hunter Pty Ltd*, 152 LGERA 258, 291 (2006).

y sociales kenianos, el principio de la cooperación internacional, el principio de «quien contamina paga» y el principio de precaución[99].

Sin embargo, donde los principios ambientales no están integrados en la legislación, la voluntad y el enfoque que adoptan las cortes o los tribunales ambientales para aplicarlos en las disputas ambientales difieren. En Australia, por ejemplo, se ha tardado algún tiempo en desarrollar una coherencia en la aplicación de principios como el de precaución a los potenciales daños ambientales: mientras que en los primeros casos de *Leatch v. Director General of National Parks & Wildlife Service* los tribunales aplicaron el principio de precaución con un enfoque de aversión al riesgo[100]. En los casos subsiguientes, se ha adoptado un enfoque menos radical y más cauteloso, que ha resultado en órdenes de modificación en lugar del cese de la conducta[101]. El enfoque más prudente adoptado por la justicia australiana en aquel momento no es de extrañar en el contexto más amplio de la posición conservadora adoptada por los poderes legislativos y ejecutivos del gobierno australiano hacia el cambio climático. Sin embargo, este enfoque no reflejaba la perspectiva más amplia del público australiano. El Reino Unido refleja un resurgimiento del principio en las disputas de planificación, en los que las cortes han recurrido a la precaución para condonar las decisiones de planificación tomadas sobre una expectativa de consecuencias adversas por el cambio climático (England, 2008, p. 372)[102].

---

[99] Ley de Ambiente y Tierras, 2011, Nº 19 §18 (Kenia); *Gray v. The Minister for Planning, Director General of the Department of Planning and Centennial Hunter Pty Ltd*, 152 LGERA 258, 291 (2006).

[100] *Leatch v. Director-General of National Parks & Wildlife Service*, 81 LGERA 270, 282 (1993).

[101] *R v. Resource Planning &Development Commission*; Ex p Aquatus Pty Ltd, 100 LGERA 1 (1998).

[102] *14 Regent Street Pty. Ltd. v. Hobart City Council*, TASRMPAT 26 (2005): *Taralga Landscape Guardians Inc. v. Minister for Planning and RES Southern Cross Pty Ltd.*, 134 LGERA 23 (2004).

Existen cortes y tribunales ambientales en muchas de las jurisdicciones comparadas en este capítulo. Esto es significativo, porque permite que las disputas ambientales sean juzgadas en un foro especializado, a menudo presentadas por un creciente número de solicitantes en lugar de los tribunales de jurisdicción general, y que sean atendidas por jueces experimentados y bien informados con la suficiente libertad para recurrir a expertos y los principios del derecho ambiental internacional. Si bien existen notables diferencias en la forma en que cada jurisdicción aborda estas cuestiones, es claro que las cortes y los tribunales ambientales son cada vez más sofisticados y están siendo utilizados con mayor frecuencia, cuando están disponibles, para resolver las disputas ambientales en todo el mundo.

4. Audiencias de derecho administrativo y órganos de revisión

Los órganos de revisión de derecho administrativo describen la categoría de instituciones encargadas de resolver las disputas derivadas de decisiones administrativas adoptadas por ministros de gobierno o autoridades en virtud de legislación delegada. Los órganos administrativos resuelven las disputas ambientales revisando o bien los méritos (lo correcto) o la base judicial (legalidad) de una decisión administrativa (Lyster, 2016, pp. 38-40). Como característica común en muchos países, los órganos de revisión de derecho administrativo figuran en las estructuras judiciales tanto nacionales como subnacionales.

En Estados Unidos los puntos comunes en el proceso de ejecución en los que una parte privada encuentra que debe contar con asesoramiento jurídico, son cuando una agencia ambiental federal o estatal rechaza una solicitud de permiso para contaminar, emite un aviso de infracción[103], o emite una orden administrativa de cumplimiento. Si alguien recibe un

[103] El Consejo Ambiental de los Estados estima que las agencias ambientales estatales y federales emiten al menos 42 000 avisos de infracción al año, una estadística que muestra que esta es la herramienta de ejecución más común.

aviso de infracción, debe tomar el asunto seriamente. Algunos estados tratan el aviso de infracción como una acción legal final y debe ser apelada para preservar los derechos de la parte a impugnar la violación alegada, pero otros estados tratan el aviso de infracción como una acción no final hasta que se emita una sanción civil por la violación. La finalidad es un concepto de umbral importante de lograr porque si uno intenta apelar una acción *antes* de que sea definitiva, la corte o el tribunal desestimará la acción porque aún no está «madura». Si, por el contrario, una acción estatal se considera definitiva y una parte no presenta una apelación en el plazo establecido, esta habría renunciado a su derecho de apelación y la acción estatal se consideraría definitiva e inexpugnable. Si no se toman medidas dentro de un periodo de tiempo razonable a satisfacción del Estado tras recibir un aviso de infracción, el Estado probablemente tomará el paso adicional de emitir una sanción administrativa. En este punto, una parte no puede reabrir los hechos subyacentes de la infracción. Solamente puede argumentar contra el importe de la sanción. En virtud de algunas leyes federales, como la ley de Conservación y recuperación de recursos (LCRR)[104], la FEPA de Estados Unidos, junto con el Departamento de Justicia, pueden emprender una acción de compensación civil directamente en una corte federal, en lugar de hacerlo en el sistema administrativo. Esta elección puede aprovechar los poderes más fuertes de una corte sobre un tribunal administrativo, pero a la vez, la AFPA de Estados Unidos pierde su control independiente de la parte del gobierno sobre la disputa.

Se podrá evaluar una sanción administrativa contra una persona privada que no necesita un permiso pero que, supuestamente, está infringiendo un reglamento o ley, o contra una parte privada que sí tiene un permiso, pero opera en contravención del permiso y no ha respondido adecuadamente a una orden de cumplimento. Cuando una agencia deniega una solicitud o emite un aviso de infracción o una orden

[104] 42 U.S.C. § 6992d(d).

de cumplimiento, se considera una acción apelable. Existe un plazo para que la parte pueda presentar esta apelación. Si la apelación se toma contra la medida de ejecución, se celebrará una audiencia administrativa. En la AFPA de Estados Unidos, ese proceso comienza con un juez de derecho administrativo. Si una parte no está satisfecha con las conclusiones del juez, puede apelar a la Junta de Apelación Ambiental[105].

En resumen, el derecho administrativo en los Estados Unidos, tanto estatal como federal, suele seguir tres doctrinas: madurez, finalidad y agotamiento. La madurez y finalidad fueron descritas anteriormente. El espíritu del artículo II de la Constitución de los Estados Unidos, que faculta a todas las cortes federales a atender únicamente los casos o controversias reales y no ofrecer opiniones consultivas, es un espíritu que está presente también en las cortes estaduales y tribunales administrativos. La doctrina de la finalidad se encuentra a menudo cuando una parte intenta apelar una acción administrativa que no se considera definitiva, como la emisión de un aviso de infracción sin evaluar una sanción. En la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses no se considera que una parte haya sufrido daños hasta que una agencia sigue el aviso de infracción con la emisión de una sanción civil y, por consiguiente, la parte aún no puede apelar. Una vez sancionada, la persona ha sufrido daños y puede apelar la sanción de la agencia, basándose en las violaciones subyacentes.

Por último, está la barrera de agotar los remedios administrativos antes de poder acceder a las cortes. Dado que el Congreso de Estados Unidos, al igual que muchas legislaturas estatales, ha delegado su autoridad de reglamentación a las agencias administrativas que normalmente incluyen un tribunal y un órgano de ejecución, todas las partes agraviadas deben utilizar primero el sistema administrativo y agotar los remedios administrativos posibles antes de intentar obtener alivio de un tribunal

[105] La Junta de Apelaciones de la AFPA de los EE.UU. publicó el *Environmental Appeals Board Practice Manual*, cuya edición 2013 puede encontrarse en: https://yosemite.epa.gov/oa/EA B_Web_Docket.nsf/General+Information/Practice+Manual?OpenDocument

de jurisdicción general. Si una parte ha agotado todos los remedios administrativos y aún está insatisfecha con el resultado, puede presentar una demanda ante un tribunal de jurisdicción general, estatal o federal, dependiendo de la agencia involucrada.

Pero la relación entre la AFPA de Estados Unidos y las agencias estatales no es de exclusión mutua. La AFPA puede iniciar una acción de ejecución si determina que la acción estatal de ejecución que se ha tomado es inadecuada. Sin embargo, antes de iniciar dicha acción, debe dar al Estado la oportunidad de corregir la deficiencia. Si el Estado no adopta las medidas de ejecución a satisfacción de la AFPA, esta puede presentar una acción de ejecución adicional propia, el proceso al que se ha hecho referencia en la sección anterior sobre el federalismo como sobrecarga. La sobrecarga ha sido sostenida por las cortes como una interpretación adecuada de las disposiciones legales federales de la LCRR[106] y la Ley de Aire Limpio[107], pero posiblemente no de la Ley de Agua Limpia[108]. La noción de que la AFPA sobrecarga con demandas varia de una ley a otra. Un abogado alemán estaría bien aconsejado sobre la necesidad de comprobar la legislación en cuestión y las interpretaciones dadas por las cortes, si un Estado toma una acción de ejecución. Una segunda de la AFPA podría estar aún por llegar. Y, por último, si una acción sancionatoria civil ha sido interpuesta por una autoridad estatal o federal, ello no impide que otra autoridad gubernamental interponga una acción penal[109].

Como ocurre con todos los litigios civiles en Estados Unidos la presentación de una acción judicial no significa que esta resulte en un juicio. La mayoría de los litigios civiles en asuntos administrativos, así como en los tribunales federales y estatales, se resuelven antes del juicio. El documento que se utiliza normalmente se conoce como un decreto de

[106] *United States v. Power Engineering*, 303 F.3d 1232 (10th Cir. 2002), cert. denegado, 538 U.S. 1012 (2003).

[107] *United States v. LTV Steel Co*., 118 F.Supp.2d 827 (N.D. Ohio 2000).

[108] *United States v. City of Rock Island*, 182 F.Supp.2d 690, 694 (C.D. Ill. 2001).

[109] *United States v. Hudson*, 522 U.S. 93 (1997).

consentimiento, a través de la cual el organismo de ejecución federal o estatal utiliza su poder legal para concordar con un contaminador alguna combinación de sanción civil, trabajo de remediación y un plan para que el lugar cumpla con las medidas. Si el infractor no cumple uno de los términos del decreto de consentimiento, el organismo puede volver a la corte para hacer cumplir el decreto de consentimiento, las infracciones legales subyacentes, o ambas.

Una vez iniciado el litigio, los acuerdos deben ser aprobados por la corte o el tribunal con jurisdicción sobre la cuestión. Un informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos muestra que en las cortes estatales de primera instancia, donde se celebran la mayoría de los juicios civiles, solo alrededor del 4% de todos los casos de agravio iniciados concluyeron en juicios. Sin embargo, si un caso de agravio llega a juicio, el 90% será atendido por jurados. Aun así, significa que las disputas son despachadas sin jurados el 97,4% de las veces, para ser exactos (Cohen, 2009, p. NCJ 228129).

Es necesario mencionar aquí un área especial de la ejecución. Un «legado» del industrialismo en muchos lugares de Estados Unidos son los sitios abandonados de gran contaminación que necesitan una costosa limpieza. Para hacer frente a estos lugares, tanto la AFPA[110] como muchos estados[111] han promulgado los llamados estatutos del «super fondo». Estos casos pueden tener docenas o cientos de partes y se ocupan de los programas de limpieza que cuestan en promedio entre 25 a 30 millones de dólares por sitio. Si alguien se ve involucrado en un litigio de super fondo, no solo tendrá que conseguir un abogado estadounidense, sino un abogado estadounidense con experiencia en el litigio de super fondos. Los casos bajo la Ley Integral de Respuesta,

[110] Ver el acta de Respuesta Ambiental Comprehensiva, Compensación y Responsabilidad (LIRCRA), promulgada en 1980. Se encuentra en 42 U.S.C. §§ 9601 y ss.

[111] Ver, por ejemplo, el Acta de Estándares de Reciclaje de Tierras y Remediación Ambiental, 35 estado de Pensilvania §§ 6026.101 y ss.

Compensación y Responsabilidad Ambiental (LIRCRA) se someten a ocho pasos formalizados del proceso de remediación para asegurar que cumplan con el Plan Nacional de Contingencia, entre otras cosas.

Las partes potencialmente responsables (PPR) conforme a LIRCRA, se dividen en cuatro categorías: los propietarios actuales u operadores del emplazamiento, en virtud de la §107(a)(1); los propietarios u operadores de emplazamiento en el momento del desecho de agentes contaminantes en virtud de la §107(a)(2); los que se encargaron del desecho de sustancias peligrosas, incluidos los que generaron los residuos, en virtud de la §107(a)(3); y los transportistas de residuos al emplazamiento si ellos mismos seleccionaron el emplazamiento, en virtud de la §107(a)(4). Cualquiera de estas partes, puede ser considerada estrictamente responsables responsable retroactivamente y responsable solidariamente. La responsabilidad estricta es una norma de agravio también utilizada fuera de un super fondo, por ejemplo, con los fabricantes de materiales peligrosos. Una norma de responsabilidad estricta significa que el órgano de ejecución no necesita probar la negligencia o imprudencia. La responsabilidad del super fondo también puede aplicarse a diversos actos con carácter retroactivo, como la generación, desecho y transporte de residuos peligrosos cometidos antes que se promulgara la LIRCRA en 1980. Y, por último, la responsabilidad del super fondo suele interpretarse como conjunta y solidaria, lo que significa que una PPR puede ser responsable de pagar los costos de todas las PPR, especialmente en situaciones en las que otras PPR están muertas, en quiebra o han dejado de operar y sus activos no pueden ser encontrados.

En Etiopía no hay consejos administrativos para juzgar disputas ambientales mediante la revisión de los méritos (exactitud) o la base judicial (legalidad) de una decisión administrativa. Sin embargo, existen organismos administrativos[112], entre los que se encuentran instituciones

[112] El proyecto Proclama de Procedimientos Administrativos de 2005, en su artículo 2(1), define a una agencia administrativa como «cualquier ministerio, comisión, autoridad de

ambientales, que se han creado con diferentes mandatos. Algunos han sido establecidos con mandatos más amplios, mientras otros tienen tareas específicas para implementar determinadas políticas o programas gubernamentales. Casi todas las instituciones administrativas del país responden ante el órgano ejecutivo del gobierno[113]. Muy pocas rinden cuentas a la Cámara de Representantes Populares de Etiopía, que es el máximo órgano legislativo del país[114]. Las instituciones administrativas que rinden cuentas al órgano ejecutivo del gobierno se conocen como agencias ejecutivas. Las que rinden cuentas a la Cámara de Representantes se perciben como organismos autónomos. En el caso de instituciones ambientales, dado que a nivel federal la Comisión de Medio Ambiente, Bosques y Cambio Climático debe rendir cuentas ante el primer ministro y los órganos ambientales sectoriales y regionales también deben rendir cuentas ante los órganos ejecutivos competentes, todos ellos se catalogan como agencias «administrativas». En Etiopía, quien no está satisfecho con las decisiones de las agencias administrativas tiene que iniciar un caso nuevo ante una corte de justicia[115]. En algunos casos, la norma que faculta a la agencia administrativa no especifica dónde debe acudir la parte insatisfecha[116].

En los Estados Unidos, la mayoría de las disputas ambientales son resueltas por las agencias ambientales estatales. El derecho sustantivo y el procedimiento de los estados varían, por lo que un abogado debe conocer la sustancia y procedimiento del estado en el que ha surgido el problema ambiental. Por este motivo, las juntas administrativas de

---

la CRDFE, incluidas administraciones de las ciudades de Addis Abeba y Dire Dawa, que son competentes para tomar decisiones administrativas y ejercer funciones de regulación o supervisión».

[113] CRDFE Constitución, art. 77(2).

[114] De acuerdo a la Constitución de CRDFE, art. 55(14), (15); art.101 y art. 103.

[115] Proclama de Control de la Contaminación Ambiental.

[116] Por ejemplo, la Proclama de la Evaluación de Impacto Ambiental, 2002, Nº 299, *Federal Negarit Gazeta*, *9*(11), Addis Abeba, Etiopía.

estados como Oregón han demostrado ser más eficaces en los últimos tiempos en la resolución de conflictos ambientales. El Departamento de Calidad Ambiental de Oregón fue creado con la misión de hacer cumplir las leyes ambientales estatales y federales. Su trabajo consiste en proporcionar ciencia e información ambiental, actividad normativa y ofrecer asistencia técnica a las personas afectadas[117]. El Departamento de Calidad Ambiental recibe su dirección, en parte, a través de la Comisión de Calidad Ambiental de Oregón[118].

Incluso en el sistema federal, la AFPA de Estados Unidos del gobierno federal cuenta con una Junta de Apelaciones Ambientales subsidiaria pero independiente, que actúa como un tribunal verde[119]. La Junta de Apelaciones Ambientales utiliza un panel de cuatro jueces para actuar como decisores finales en las apelaciones administrativas que están dentro de la jurisdicción estatutaria de la AFPA (Wolgast, 2010, pp. 185, 199). La Junta de Apelación Ambiental tiene jurisdicción original, así como jurisdicción apelativa sobre las decisiones administrativas que suelen referirse a permisos de operación. En efecto, la Junta de Apelaciones Ambientales es el único tribunal federal dedicado exclusivamente a la revisión de apelaciones sobre casos de control de la contaminación; eso incluye la revisión de apelación sobre sanciones administradas por los jueces de derecho administrativo y los permisos emitidos por la AFPA (Wolgast, 2010, pp. 185, 199). Mientras que la AFPA tiene una fuerte competencia en teoría, Dillon observa que en la Administración de Trump se hicieron esfuerzos significativos para «paralizar la capacidad de la [Agencia de Protección Ambiental] para enfrentarse a las industrias

[117] Por ejemplo, la Proclama de la Evaluación de Impacto Ambiental, 2002, No 299, *Federal Negarit Gazeta*, 9(11), Addis Abeba, Etiopía.

[118] Por ejemplo, la Proclama de la Evaluación de Impacto Ambiental, 2002, No 299, *Federal Negarit Gazeta*, 9(11), Addis Abeba, Etiopía.

[119] AFPA. yosemite.epa.gov/oa/EAB_Web_Docket.nsf/GeneralInformation/FrequentlyAskedQuestions

contaminantes y promover la salud pública y ambiental» (Dillion, 2018, pp. 89, 93).

En otros países, las juntas de revisión de derecho administrativo a menudo juzgan las disputas ambientales en jurisdicciones donde no hay una corte o un tribunal ambiental especializado. Al contar con un tribunal ambiental especializado y una junta de revisión de derecho administrativo[120], los asuntos ambientales son atendidos por juntas de revisión administrativas en Australia, a nivel nacional y subnacional, en jurisdicciones que no cuentan con un tribunal ambiental más especializado[121].

4.1. Jurisdicción

No es de extrañar que, dada la relación a menudo complementaria con los tribunales ambientales, la jurisdicción conferida a las juntas de revisión de derecho administrativo para juzgar las disputas ambientales refleja la de los tribunales ambientales. Concretamente, la jurisdicción se confiere por norma y abarca diversos asuntos relacionados con las aprobaciones de planificación, aprobaciones del uso del suelo, licencias de agua y minerales, control de la contaminación, pesquerías, compensación por adquisición de tierras, minería y reclamaciones de tierras indígenas. Notoriamente, en Australia, el Tribunal Civil y Administrativo de Victoria también juzga disputas sobre derechos del carbono forestal derivados de los proyectos de secuestro de carbono en virtud de la ley estatal sobre el cambio climático[122]. En Australia, las aprobaciones de planificación

[120] Ley del Tribunal Civil y Administrativo de South Australia, 2013.

[121] Ley del Tribunal Civil y Administrativo, 2008 (ACT) (Australia); Ley del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, 1999 (Australia); Ley del Tribunal Administrativo del Estado, 2004, Western Australia; Ley del Tribunal de Apelaciones Administrativas, 1975 (Commonwealth de Australia); menos en Australia del Sur, que cuenta con un tribunal civil y administrativo y un tribunal ambiental especializado.

[122] Ley del Cambio Climático, 2017 §§ 68-8 (Victoria, Australia).

y uso de suelos son las disputas ambientales más comunes juzgadas por las juntas de revisión de derecho administrativo con competencia ambiental[123]. En 2016, el Tribunal Civil y Administrativo de Victoria atendió más de 2700 disputas solo en este ámbito[124]. En comparación, en el estado de Oregón, Estados Unidos, el Departamento de Calidad Ambiental es el departamento gubernamental responsable de la mayoría de las decisiones administrativas en materia ambiental y, por esa razón, incluye organismos que se encargan de juzgar las disputas ambientales. El Departamento recibe su dirección, en parte, a través de la Comisión de Calidad Ambiental, un panel de cinco miembros para la elaboración de políticas y normas[125]. Esta comisión, un panel ciudadano de cinco miembros, es nombrada por el gobernador del estado.

4.2. Procesos de audiencias administrativas

Las juntas de revisión de derecho administrativo resuelven las disputas con arreglo a reglas de procedimiento. Aunque las reglas adoptadas por las juntas de revisión de derecho administrativo no están particularmente adaptadas para acomodar las características de las disputas ambientales, algunas, no obstante, son similares a las que se aplican en los tribunales ambientales especializados.

4.3. La legitimización

Respecto de la legitimación, las normas tradicionales aplican en general a las juntas de revisión de derecho administrativo para reflejar la naturaleza de las disputas que juzgan; estas normas exigen que una entidad tenga una conexión de «suficiente interés» (o similar) con el tema antes de iniciar procedimientos legales. Sin embargo, sigue habiendo cierta flexibilidad

[123] Reporte anual del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, 2016-2017, p. 54.
[124] Reporte anual del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, 2016-2017, p. 55.
[125] Reporte anual del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria, 2016-2017, p. 55.

y excepciones dentro de las culturas comparadas sobre legitimación con respecto a diputas ambientales. Por ejemplo, en Australia, la legitimación es abordada de forma diferente entre las juntas de revisión de derecho administrativo nacionales y subnacionales, en función de la norma pertinente a la disputa. Normas amplias otorgan legitimación a «cualquier persona interesada» en el Tribunal Administrativo de Apelación nacional en relación con las disputas que se generan en virtud de la Ley del Medio Ambiente y Conservación de la Biodiversidad de 1990 (Cth) (Carrabus, 2009, p. 113) y a personas «agraviadas» o «afectadas» en las juntas de revisión de derecho administrativo de Victoria y Australia Occidental con respecto a las disputas sobre derechos sobre los recursos hídricos[126]. En cambio, las entidades deben poseer algo más que profundas convicciones o emociones (aunque menos que un «interés legal») en un asunto para tener legitimación ante las juntas de revisión de derecho administrativo subnacionales[127].

4.4. La experticia de los vocales de las juntas

De manera similar a los tribunales ambientales, las normas que establecen las juntas de revisión de derecho administrativo requieren que sus miembros tengan un mínimo de conocimientos y experiencia[128]. Sin embargo, a diferencia de los tribunales ambientales, estos estándares mínimos se relacionan de manera más general con las calificaciones legales y con conocimientos que se consideran pertinentes, que con

[126] Ley de Derechos del Agua 1989 § 64, Victoria (Australia); Ley de Derechos de Agua e Irrigación 1914 §§ 26GG-GI, Australia Occidental (Australia); Gardner, 2000, pp. 347-348.

[127] *NG Development Australia Pty. Ltd. v. Western Australian Planning Commission* [28] WASAT 104 [2008]; *Viento Property Ltd. v. Western Australian Planning Commission* WASAT 229 [2009].

[128] Por ejemplo, la ley del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria de 1988, §§ 10-14 (Australia), comparada con la ley del Tribunal Administrativo Estatal de Australia Occidental de 2004, §§ 9, 143.

conocimientos prescriptivos de la materia conforme a las normas que establecieron los tribunales ambientales.

4.5. Reglas de evidencia y expertos

En relación con las reglas de evidencia y expertos, la legislación sobre las juntas de revisión de derecho administrativo está más alineada con la de los tribunales ambientales que con las cortes de jurisdicción general. En Australia, las reglas de las juntas de revisión de derecho administrativo permiten a los vocales solicitar asistencia o que se informe, según sea apropiado, por parte de expertos que tienen un deber primordial ante el tribunal y no ante su parte instructora, como podría esperarse en sistemas inquisitorios[129]. El enfoque similar que se da a la evidencia y a los expertos entre las juntas de revisión de derecho administrativo y los tribunales ambientales es clave, permitiendo que las juntas de revisión de derecho administrativo se desempeñen adecuadamente, considerando y evaluando adecuadamente las decisiones gubernamentales basadas en «evidencia altamente técnica que incorpora un alto grado de incertidumbre» (Carrabus, 2009, pp. 122-123).

En Estados Unidos, el Departamento de Calidad Ambiental de Oregón (DCA) no solo adopta normas, sino que la Comisión de Calidad Ambiental también establece políticas, emite órdenes, juzga apelaciones sobre multas y otras acciones emitidas por el DCA, y nombra a su director. Al fijar las políticas, otra participación pública es incluida; a menudo el poder legislativo creará un programa ambiental, el DCA reunirá un comité consultivo, se deja un foro público abierto a revisiones, comentarios y audiencias y la Comisión de Calidad Ambiental será el órgano que promulgue las normas. La Comisión de Calidad Ambiental,

[129] Por ejemplo, la ley del Tribunal Civil y Administrativo de 2008, § 26 (ACT) (Australia); la ley del Tribunal Civil y Administrativo de Victoria de 1998, § 3 (Australia), nota práctica 2 VCAT, de 2012; la ley del Tribunal Administrativo del Estado de Australia Occidental de 2004, § 64 (Australia).

que actúa en diversas capacidades, está conformada por especialistas en ciencia, economía, materia ambiental y empresarial.

4.6. Sanciones civiles y penales

A pesar de su jurisdicción general, las juntas de revisión de derecho administrativo parecen ser sensibles para tomar decisiones apropiadas en las disputas ambientales, más comúnmente para restringir las actividades permitidas, o imponer el seguimiento, la auditoría u otras condiciones en virtud de los permisos de planificación, los permisos de uso de tierras o licencias de recursos naturales. En Australia, es habitual que el Tribunal Administrativo de Apelación adopte un enfoque equilibrado con respecto a los intereses comerciales, de desarrollo y de conservación o protección ambiental dispares, de acuerdo con las limitaciones y los objetivos de estatutos ambientales habilitantes (Carrabus, 2009, pp. 123-124, 127).

4.7. Referencia a los principios del derecho ambiental internacional y a los objetivos de planificación

Al igual que los tribunales ambientales, las juntas de revisión de derecho administrativo pueden remitirse a los principios de derecho ambiental internacional y los objetivos de planificación para juzgar las disputas, aunque estén más estrictamente confinados por el contenido de la normativa en virtud de la cual se tomó la decisión administrativa pertinente.

En Australia, las juntas de revisión de derecho administrativo subnacional se refieren con una frecuencia cada vez mayor a los principios del derecho ambiental internacional en el transcurso de juzgar las disputas de planificación y aprobación del uso de tierras. De manera importante, no solo se reconocen estos principios[130], sino que se están aplicando para promover objetivos de política ambiental, tales como el

[130] *Compañia de Desarrollo de Caminos Wattleup Pty Ltd v. Tribunal de Administración del Estado* (No 2) [53] WASC 279 (2016) (Australia).

cambio climático. Ejemplo de ello son los casos en que el Tribunal Civil Administrativo de Victoria ha ratificado las decisiones administrativas tomadas por los consejos locales para rechazar los permisos de planificación para desarrollos residenciales en terrenos costeros basándose en los principios de precaución y equidad intergeneracional[131]. En función del principio de precaución, el Tribunal consideró que había suficiente riesgo de subida del nivel del mar, inundación y erosión costera como para impedir el desarrollo[132]. Es importante destacar que el Tribunal amplió el uso de equidad intergeneracional en el contexto de los casos de desarrollo y uso de tierras, sosteniendo que los consejos podían denegar el consentimiento de desarrollo para evitar alguna responsabilidad futura y a largo plazo por suministrar infraestructura, servicios de emergencia y una comunidad segura en estas zonas costeras[133].

Mientras varias jurisdicciones utilizan las juntas de revisión administrativa como foro en los que juzgan las disputas ambientales, las experiencias de las jurisdicciones comparadas en este capítulo demuestran que la eficacia de estos órganos es limitada, ya que carecen de la misma independencia que tienen las cortes del proceso político. Este sigue siendo el principal punto de distinción y no hay que dejarse distraer por los debates de especialización. Dicho esto, la capacidad de un abogado para predecir el resultado de una disputa legal se ve disminuida debido a estas políticas. Al menos en Australia y Estados Unidos, cabe destacar que la jurisdicción de las juntas de revisión está, evidentemente, limitada por la naturaleza y el alcance de las decisiones tomadas por la autoridad administrativa pertinente. Sin embargo, la experiencia en Estados Unidos también sugiere que, a pesar del procedimiento judicial, estas

[131] *Directorio de la Costa de Gippsland v. Concejo de South Gippsland Shire* VCAT 1545 (2008) (Australia); *Taip v. Concejo de East Gippsland Shire* VCAT 1222 (2010) (Australia).
[132] Directorio de la Costa de Gippsland [47] VCAT 1545 (2008); Taip [96] – [104] VCAT 1222 (2010).
[133] Directorio de la Costa de Gippsland [51] VCAT 1545 (2008); Taip [65] – [66] VCAT 1222 (2010).

juntas tienen mucho menos alcance para resolver eficazmente las disputas ambientales en relación con el resultado ambiental; en cambio, están limitadas por los poderes y las prioridades de la autoridad gobernante.

5. Conclusiones

Aunque en Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega existen cortes y tribunales ambientales, el enfoque adoptado en toda Escandinavia demuestra las variaciones en el diseño de los tribunales ambientales, a pesar de otras similitudes en cuanto a la geografía, niveles de vida y las percepciones sobre el ambiente y el derecho. Por ejemplo, mientras en Dinamarca las disputas ambientales se resuelven dentro del sistema administrativo (Tegner, 2010, pp. 111-113), en Finlandia estas disputas son atendidas por cortes ambientales especializadas (p. 114), y en Noruega no se tiene tribunales ambientales especializados en lo absoluto y, por tanto, canalizan todas sus disputas ambientales a través de sus autoridades administrativas y tribunales de jurisdicción general (p. 113-114). En Suecia, los asuntos ambientales son juzgados en una serie de foros. En particular, siendo el primer país europeo en promulgar un Código Ambiental en 1999, Suecia también creó cinco cortes ambientales de primera y segunda instancia que otorgan plenos poderes judiciales a los expertos científicos y técnicos (Tegner, 2010, pp. 113-114; Amirante, 2012, p. 411). Estos países escandinavos demuestran la diversidad en sus enfoques hacia los problemas ambientales, incluso cuando sus problemas son relativamente similares.

Los estados, los ciudadanos y los grupos de interés ambientalistas interponen cada vez más acciones ante los tribunales de jurisdicción general, las cortes y los tribunales ambientales y las juntas de revisión administrativa. En Australia, por ejemplo, esto queda demostrado por el creciente interés y participación de grupos comunitarios en asuntos que se oponen a la aprobación de planes para grandes minas de carbón en el contexto del cambio climático, como la decisión en 2006 de

Gray v. Minister or Planning (Anvil Hill Mine)[134] y la decisión en 2019 de *Glouchester Resources Limited v. Minister for Planning* (Adani Rocky Hill Mine) (Beresford, 2018, cap. 10). Grupos individuales y comunitarios han desempeñado un papel importante como demandantes, asistidos por reglas amplias de legitimación, como grupos de presión o como testigos, contribuyendo de diferentes maneras a la carga general de los casos. En otras jurisdicciones, casos de responsabilidad estatal como el de *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*[135] o *United States v. Juliana*[136], presentados por personas o grupos activistas demuestran el uso creativo de foros administrativos para la resolución de conflictos en materia de cuestiones ambientales. Estas tendencias indican que ciudadanos con alto nivel de educación, comprometidos y conscientes del medio ambiente, están pidiendo que las empresas (y los Estados que aprueban sus actividades) se responsabilicen a nivel nacional y subnacional por sus decisiones que perjudican el medio ambiente o los derechos de futuras generaciones a un ambiente sano y limpio. Aunque se trata de un avance positivo en la forma en que se utilizan las cortes y los tribunales ambientales para buscar justicia ambiental, no significa necesariamente que se logre dicha justicia. En Australia, por ejemplo, los tribunales administrativos, en particular, se han visto limitados por las normas y reglamentos bajo los que juzgan las disputas. Por esta razón, la resolución de conflictos ambientales vuelve a estar en proceso de desarrollo a medida que surgen nuevas bases para reclamaciones ambientales de fuentes tradicionalmente no ambientales, a saber, riesgo de seguros y responsabilidad corporativa para los derechos del accionista y los deberes estatutarios del director (Shearing, 2019, p. 479; Hutley & Hartford-Davis, 2016).

[134] *Gray v. Ministro de Planeamiento* [2006] NSWLEC 720.

[135] *Fundación Urgenda v. Reino de los Países Bajos*, [2015] HAZA C/09/00456689.

[136] *Juliana v. Estados Unidos*, No. 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146.

A medida que las disputas sobre asuntos ambientales se hacen más frecuentes y complejas, es importante que existan foros de resolución de conflictos, ya sean tribunales, cortes o juntas de revisión, que permitan la resolución de conflictos. En los países comparados en este capítulo, está claro que se utilizan diversos foros para juzgar las disputas ambientales.

En la mayoría de los casos, la forma que adopte este foro no importa; lo que sí es importante son las características sustantivas de esos foros, que permiten la resolución de las disputas ambientales de forma eficaz y de acuerdo con los objetivos ambientales. Por ejemplo, si bien es importante una amplia jurisdicción que abarque temas o legislación ambiental clave, un amplio cometido conduce a una gran carga de trabajo, haciendo que la resolución de conflictos sea ineficaz en términos de tiempo y de capacidad para conocer y considerar las cuestiones técnicas complejas que traen consigo las disputas ambientales. Además, en los países comparados en este capítulo, la experiencia indica que la experticia es clave. Entre los países comparados existe una importante incoherencia en cuanto a las normas educacionales, de experticia, incluido el uso de expertos. Sin embargo, es interesante señalar que, entre estas dos funciones, la mayoría de las jurisdicciones exigen que una entidad, ya sea un árbitro o experto, contribuya a determinar el asunto en cuestión. Además, es útil que los foros de resolución de conflictos, ya sean generalistas, especializados o que actúen para revisar las decisiones administrativas, puedan guiarse por los principios de derecho ambiental internacional, con el fin de impulsar al organismo pertinente a resolver la disputa, tanto como sea posible, de la manera ambiental más efectiva.

A medida que aumente la frecuencia y la complejidad de los conflictos y disputas ambientales, está claro que estos asuntos se pondrán bajo el microscopio y, en ese momento, se espera que se puedan establecer prácticas claves que permitan al poder judicial apoyar y contribuir a la protección y conservación del entorno natural.

Tercera parte

NORMAS Y HERRAMIENTAS DE LEGISLACIÓN AMBIENTAL, SU IMPLEMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Capítulo 5
Disposiciones constitucionales

Ryan Kraski, Marek Prityi y Saskia Münster

1. Constitucionalismo

¿Cuál es la función de eso que llamamos «constitución»? En primer lugar, las constituciones sirven para transferir el poder de un colectivo de individuos de una cultura al Estado que han creado bajo una teoría política de Estado. Aunque tenemos casos como la Constitución de Aristóteles para Atenas de las culturas antiguas, el mundo de los Estados creados por las constituciones hoy en día está formado en gran medida por la filosofía política y jurídica de la Ilustración. Además, en una constitución, los ciudadanos también suelen reservarse sus derechos y libertades personales frente a la persona jurídica colectiva del Estado que acaban de crear. En tercer lugar, una vez que los individuos han creado una nueva entidad de derecho público y persona jurídica —el Estado— y se han reservado derechos para ellos mismos, la constitución suele dividir la función del Estado entre varias entidades del mismo, a menudo en la forma de una democracia presidencial o parlamentaria. A partir de estos fundamentos, el derecho comparado nos mostrará que las funciones de las constituciones varían rápidamente. La constitución etíope, por ejemplo, no otorga el poder de revisión constitucional a una corte, sino

a la Cámara de Representantes Populares, que es un órgano legislativo constituido políticamente (ver Beru & Junker, 2018). Como tal, la función de la constitución es mantener el control constitucional lejos de los juristas profesionales y en manos de un órgano elegido políticamente. De hecho, otros estados pueden considerar que esta es precisamente la práctica en la que no confía el pueblo ni la desea.

> El constitucionalismo tiene varias ventajas, sobre todo en la captura de conceptos emergentes como el constitucionalismo ambiental. La importancia de constitucionalismo radica en la suposición de que las demás restricciones al poder no han logrado impedir la extralimitación política. El constitucionalismo también refleja la naturaleza humana inseparable de las capacidades, necesidades y deficiencias humanas (May & Daly, 2016, p. 37).

Las disposiciones constitucionales son, por varias razones, mecanismos extraordinariamente fuertes para alcanzar fines legales, por ejemplo, la protección ambiental. Las disposiciones constitucionales están «insertadas» en los sistemas jurídicos. Mientras que las leyes y los reglamentos están sujetos a políticas o a la discreción del Ejecutivo, se requiere mayor esfuerzo y colaboración para cambiar las constituciones. Las propias constituciones son las expresiones más inmutables de las normas jurídicas. Una corte no puede invalidar una disposición constitucional por ser ella misma «inconstitucional»[1]. En consecuencia,

[1] Este concepto de «revisión judicial» debe considerarse de manera diferente en las jurisdicciones de derecho común y derecho civil. En las jurisdicciones de derecho común, los jueces pueden ser considerados como legisladores y legisladores infractores al mismo tiempo. «Hacen» las leyes a través de su capacidad de elaborar, explicar y ampliar sobre leyes existentes cuando se impugna un espacio jurídico incierto. Pueden «infringir» una ley declarándola inconstitucional, por tanto, haciéndola ineficaz, ya que no se ajusta a la constitución del territorio. Por otro lado, los jueces de derecho civil están más restringidos en sus capacidades para realizar las mismas acciones, pero pueden tomar decisiones similares a las de sus colegas de derecho común, cuando la ley proscribe dicha acción y actúan dentro de su permiso legal limitado.

todas las demás leyes deben ajustarse a ella. Más allá de los requisitos técnicos legales, las constituciones expresan los valores de una cultura. La constitución actúa como una manera de declarar explícitamente los valores de la nación, a través de los cuales las personas pueden identificarse (May & Daly, 2016, pp. 32-35; Tarr, 2008, pp. 174, 178-185). Al observar un debate político en los Estados Unidos, es inevitable escuchar a uno de los debatientes afirmar que «cree» en algo como la Primera o la Segunda Enmienda a la Constitución. Países como Sudáfrica también han utilizado sus constituciones como mecanismos para formar una identidad nacional colectiva (Tarr, 2008, p. 185).

> ¿Por qué es importante que el derecho a un ambiente sano esté afianzado en una constitución? La argumentación racional para conceder estatus constitucional al derecho a un ambiente sano es sencilla. Los derechos fundamentales deben gozar de la mayor protección legal disponible en la sociedad actual —la protección constitucional— para garantizar que sean respetados y realizados. El derecho a vivir en un ambiente sano cumple la prueba de reconocimiento como un derecho humano fundamental (de importancia moral significativa, universal, practicable) (Boyd, 2012, p. 3).

En lugar de enumerar lo que las personas pueden hacer, las constituciones como la de Estados Unidos abordan principalmente lo que el Estado no debe hacer en relación con los derechos de los ciudadanos (derechos negativos)[2]. A diferencia de Estados Unidos, las constituciones de muchos países crean derechos exigibles del individuo contra el Estado cuando este no cumple una determinada obligación

[2] Veáse en general *Jackson v. Ciudad de Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir.), cert. denegado, 465 U.S. 1049 (1983). (El Juez Posner describe la Constitución de los EE.UU. como «un instrumento de libertades negativas en lugar de positivas [...] Quienes escribieron la Constitución no estaban preocupados de que el Gobierno hiciera muy poco por sus ciudadanos, sino que pudiera hacer demasiado para ellos»).

constitucional (derechos positivos). En cambio, en la *Grundgesetz* alemana (Ley Fundamental de la República Federal Alemana o GG), que funciona como una constitución, no solo se garantizan los derechos negativos y positivos, sino también los derechos activos, como el derecho al voto (Haller y otros, 2013, p. 334 y ss.). Cabe señalar que, junto a los derechos fundamentales, existen determinados *Staatszielbestimmungen* (objetivos estatales) que se identifican y se encuentran en el artículo 20a de esta ley, por ejemplo, que establecen la democracia, sociedad, etcétera. Desde 1949, se han introducido varios objetivos estatales nuevos, como el artículo 20a de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana para la protección del ambiente y los animales en 1994. Esto se analizará en detalle más adelante.

En el contexto del derecho ambiental, las constituciones que otorgan derechos negativos, es decir, los derechos que protegen al individuo de la intromisión del gobierno en su vida, se deben distinguir de países con constituciones que conceden derechos positivos, sustantivos a los individuos, para emprender acciones legales de protección al ambiente. Esta diferencia fundamental, en un contexto comparado, puede ser el factor determinante en decidir si un individuo puede presentar una argumentación constitucional para proteger el ambiente, o sus derechos en relación con él, un reclamo legal o ninguno (May & Daly, 2016, p. 18)[3].

Tal y como se aplican, las disposiciones constitucionales han fomentado la creación de leyes y reglamentos en virtud de estos derechos. Setenta y ocho de los noventa y cuatro estados con disposiciones ambientales en sus constituciones han promulgado legislación

[3] Enmarcando los derechos constitucionales de las personas generalmente en el contexto de la vida, la dignidad, salud, alimentación, vivienda, educación, trabajo, pobreza, cultura, la no discriminación, la paz, salud de los niños y el bienestar general y los derechos del medio ambiente como la buena calidad del agua, suelo y aire.

posterior que las han reforzado (Boyd, 2012, p. 147)[4]. Canadá no tiene disposiciones constitucionales ambientales y ha sido criticada por no aplicar eficazmente lo que le gusta llamar la «legislación ambiental más dura del mundo occidental» (Boyd, 2012, p. 148). En comparación con Estados Unidos, por ejemplo, Canadá ha cobrado relativamente pocas multas por delitos ambientales. En Brasil, tras la creación en 1988 del derecho a un ambiente sano, se facultó a la ya existente agencia de aplicación de la ley penal para que realizara investigaciones y aplicara las leyes. Como resultado, se produjo un salto precipitado en la aplicación de las leyes ambientales (Boyd, 2012, p. 150). Siguiendo estos ejemplos, parecería que, si hubiera una disposición constitucional ambiental en Canadá, se destinarían más recursos a la protección ambiental, aumentaría la participación ciudadana y habría más condenas penales (Boyd, 2012, p. 149).

En Chile, la constitución garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar una actividad económica, siempre y cuando no sea contraria a la moral, la orden pública y la seguridad nacional (art. 19)[5]. No obstante, esas actividades, en la mayoría de los casos, están reguladas por ley y dependiendo de la naturaleza de la actividad, se requiere la obtención de una licencia antes de emprender la actividad. La Constitución chilena también establece el derecho de toda persona a vivir en un ambiente no contaminado, imponiendo al Estado el deber de proteger este derecho y preservar la naturaleza (art. 19). La legislación puede imponer restricciones al derecho de desarrollar actividades económicas (art. 19).

[4] Afirmando además que en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Francia, Filipinas, Portugal y Sudáfrica el paradigma ha pasado de medidas destinadas a minimizar el daño ambiental a los derechos legales que garantizan un ambiente sano.

[5] https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302

2. Recepción estatal del derecho internacional a través de las constituciones nacionales

El derecho ambiental nacional puede ser percibido, a menudo, como insuficiente para abordar adecuadamente las cuestiones ambientales transfronterizas, tales como el cambio climático. En ese sentido, es también importante saber si es posible y cómo un Estado recibiría y aplicaría las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional. Las constituciones reflejan si el Estado considera sus acuerdos internacionales como parte intrínseca de su legislación nacional, como en el ejemplo de Alemania, donde el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece que «las normas generales del derecho internacional serán una parte integral del derecho federal. Tendrán prioridad sobre las leyes y crearán directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal». Este es un claro ejemplo de la recepción monista de las normas generales de derecho internacional en virtud de lo cual un individuo podría emprender una acción directamente ante un tribunal alemán basado en un derecho ambiental internacional.

En comparación, los Estados dualistas no se comprometen inmediatamente al contraer la obligación internacional, pero sí deben tomar el paso adicional de promulgar legislación nacional para hacerlo. En esos Estados, el individuo solo puede ejercer un derecho internacional reconocido ante una corte nacional cuando ha habido una legislación interna que constituye la base para la jurisdicción nacional. El Reino Unido es uno de esos Estados en los que la firma de un tratado internacional «no tiene efecto en el derecho municipal hasta que se apruebe una Ley del Parlamento para darle efecto»[6]. Una tercera posición, que podría llamarse híbrida, es la de los Estados Unidos, donde la Constitución establece que

[6] Committee Office & House of Commons. *The EU Bill and Parliamentary Sovereignty.* https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/723/723.pdf

el presidente «tendrá potestad, por y con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, siempre que concurran dos tercios de los Senadores presentes». Por consiguiente, al igual que un estado dualista, una obligación ambiental no es recurrible en las cortes nacionales hasta que haya sido aprobada por el Senado de Estados Unidos, lo que en teoría parece un segundo paso doméstico, pero en la práctica es incluso un poco más restrictivo que el caso del Reino Unido porque no hay un primer paso distintivo y claro en el que el acuerdo internacional adquiere un significado jurídico. Bajo este sistema, la obligación se hace efectiva en el derecho internacional y en el derecho nacional en dos partes conceptualmente diferentes, pero simultáneas. Si el presidente crea un acuerdo ejecutivo sin el asesoramiento y consentimiento del Senado, se califica solo como un acuerdo ejecutivo político y no un acuerdo jurídicamente vinculante, como por ejemplo cuando el presidente Bill Clinton firmó el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, pero el Senado nunca lo ratificó. Dicho esto, desde principios del siglo XX, la mayoría de los acuerdos internacionales de Estados Unidos son solo eso —acuerdos ejecutivos— y no tratados completos y jurídicamente vinculantes con la aprobación del Senado.

3. Tipos de derechos constitucionales

Antes de la Declaración de Estocolmo de 1972, no existían realmente derechos constitucionales ambientales en ningún lugar del mundo (Galizzi, 2005, pp. 952, 963)[7], aunque habían algunas disposiciones como «salvaguardando la belleza natural y el patrimonio histórico y

[7] La Conferencia de Estocolmo fue realizada por la ONU en 1972 para hacer frente al impacto de la humanidad sobre el ambiente. Estableció un plan de acción, sugiriendo medidas proactivas que debían tomar los países y aprobó la Declaración sobre el Medio Humano, incluyendo principios sobre los impactos de los estados sobre el ambiente y una resolución sobre acuerdos financieros e institucionales.

artístico de la nación» (art. 9 Constitución de Italia y art. 9 Constitución de Malta; cit. en Galizzi, 2005, p. 125) o la «protección, conservación y uso adecuado de los recursos naturales» (art. 9 Constitucion de Italia y art. 9 Constitución de Malta, cit. en Galizzi, 2005, p. 125) que podían utilizarse para la protección ambiental. Desde 1972 ha habido un auge en el número de países que incluyen disposiciones constitucionales ambientales explícitas. En la actualidad, 149 de los 193 estados miembros de la ONU incluyen tales disposiciones (Boyd, 2012, p. 47)[8].

El espectro de los derechos constitucionales ambientales es generalmente amplio y variado. En muchos países, puede ser que no se mencione la protección ambiental en la constitución, pero aun así puede ser tratada efectivamente como si lo fuera, a menudo a través de la protección de los derechos humanos. En el otro extremo del espectro se encuentran los países con obligaciones explícitas establecidas en sus constituciones, que exigen la acción del Estado y, tal vez, hasta la acción del pueblo, como es el caso de la Constitución de India.

La protección ambiental puede expresarse como los derechos de la tierra (Bolivia), la naturaleza y sus elementos, como los ríos (India) o el acceso y el uso de estos por los seres humanos (Pennsylvania). En algunos casos, no está claro si un derecho ambiental existe para el propio ambiente o, solo indirectamente, porque apoya a los humanos, usualmente mediante palabras como «vida», «salud» o «dignidad». Pero es importante señalar que en algunos Estados existen derechos para la propia naturaleza. Los abogados de derechos humanos pueden llegar a considerar que el derecho ambiental ignora al individuo humano y actúa, en cambio, como una herramienta del Estado contra la industria, o peor aún, como una herramienta de la industria para mantener al público apaciguado.

[8] Se encuentra una correlación especialmente fuerte con los países pertenecientes a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de la Commonwealth, la Francophonie, y hasta la Organización de Países Exportadores de Petróleo.

Por lo general, los regímenes de derechos humanos no son el medio más eficaz para proteger el ambiente, ya que no están diseñados para abordar los derechos ambientales. Se crearon antes de que las cuestiones ambientales fueran de gran preocupación y un derecho ambiental debe estar atado a un derecho humano existente (Boyd, 2012, pp. 26-27). Además, como consideraremos en el capítulo 10, tal como lo aplican los Estados, el derecho ambiental puede ser hasta antitético a los derechos humanos.

> En el contexto de los derechos humanos, las inquietudes ambientales no son causa de la acción o el daño en sí, sino el origen del daño: el vertido ilegal de basura se hace procesable no porque pone en peligro el ambiente, sino porque provoca cáncer en la población local y, por tanto, implica el derecho a la salud; la tala rasa de un bosque es procesable no por el daño a los árboles, sino en la medida que disminuye el valor de la propiedad de los residente locales; el uso de agua para la irrigación o el desarrollo se hace procesable cuando la disminución del suministro disponible para el consumo personal e higiene perjudica el derecho de una persona a vivir con dignidad (May & Daly, 2016, p. 25).

Alternativamente, algunas culturas buscan proteger la naturaleza únicamente por el hecho de proteger la naturaleza en sí, sin atar los derechos a intereses humanos, aunque estas culturas siguen siendo una minoría (p. 72). Si una cultura regula la degradación ambiental a través de los derechos humanos (antropocéntrico), es probable que las leyes de esta cultura fueran creadas con la creencia de que el bienestar humano es el objetivo final. Por otro lado, la promulgación y aplicación de leyes que protegen el desarrollo sostenible, la biodiversidad y medidas contra el cambio climático indican una tradición ecocéntrica (p. 26). Como una diferencia práctica entre ambas, reglamentar desde la teoría antropocéntrica viene con el riesgo de que los intereses humanos, quizás en la forma de intereses financieros a corto plazo, no coincidan con lo que es generalmente mejor para el ambiente. Además, las normas

humanas son susceptibles al cambio. Solamente en lo que respecta al concepto de dignidad humana, hace poco más de 150 años la esclavitud era una institución legal en los Estados Unidos. Las leyes, por cierto, no estaban diseñadas para proteger a todas las personas dentro de las fronteras del país, así que ¿por qué habría que esperar que estas mismas leyes protegerían incidentalmente el ambiente?

Algunas culturas han introducido referencias al derecho a un ambiente favorable en sus catálogos de derechos constitucionales. Este derecho antropocéntrico a un ambiente favorable se encuentra, por ejemplo, en el artículo 44 de la *Ústava Slovenskej republiky* (Constitución de la República de Eslovaquia). El derecho individual a un ambiente favorable ha sido interpretado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República de Eslovaquia a la luz de esfuerzos por preservar un ambiente favorable para generaciones futuras[9]. Este derecho ha sido interpretado como una precondición crucial para la existencia humana, que solo es posible en un ambiente ecológicamente equilibrado[10]. Desde la perspectiva de un ciudadano que busca su lugar en el ámbito de la gobernanza ambiental, es importante señalar que la interpretación del derecho a un ambiente favorable en la jurisprudencia de la Corte Suprema hace hincapié explícitamente en el papel activo de los ciudadanos en la

[9] «[n]a subjektívne právo jednotlivca na priaznivé životné prostredie nie je možné nazerať inak, ako na snahu ľudstva zachovať priaznivý stav životného prostredia pre nasledujúce pokole- nia.» Ver Supreme Court of the Slovak Republic (Najvyšší súd Slovenskej republiky), 1 Sž-o-KS 194/2004 del 13 de setiembre de 2005; ver también Corte Suprema de la República de Eslovaquia (Najvyšší súd Slovenskej republiky), 1Sžp/1/2010 del 14 de mayo de 2013, para.101.

[10] «[d]efinícia jednoznačne vyzdvihuje životné prostredie do polohy základnej, neodmysliteľnej a nenahraditeľnej podmienky bytia človeka (conditio sine qua non) a jeho priaznivý stav je zásadne určujúcim faktorom popri ľudskej existencii aj pri reprodukcii človeka, tzn. napomáha [...] naplniť účel objektívneho práva [...] vrátane stability ekologickej rovnováhy planéty.» Ver también Supreme Corte Suprema de la República de Eslovaquia (Najvyšší súd Slovenskej republiky), 1Sžp/1/2010 del 14 de mayo de 2013, para.102.

toma de decisiones ambientales, así como en el acceso a la información ambiental[11].

La tradición ecocéntrica de los derechos constitucionales ambientales ha provisto a los derechos de la naturaleza con una forma de personalidad jurídica (Bogojević & Rayfuse, 2018, pp. 5-6). Esta visión radicalmente ecocéntrica de los derechos constitucionales ambientales es la articulación de un cambio en el pensamiento ético y moral, virando el interés en la humanidad al contexto de todo el planeta o partes del mismo, como los ríos. Estos desarrollos se observan más prominentemente en Bolivia[12], Ecuador y la India. Mientras que Bolivia introdujo los derechos de la naturaleza en forma de legislación, Ecuador e India optaron por una solución constitucional. Al proveer a la naturaleza de derechos jurídicamente exigibles, Ecuador hizo que las consideraciones éticas y morales fueran pertinentes para la práctica jurídica (Kotzé, 2017, pp. 4-5).

Desde la perspectiva de la interpretación de las disposiciones constitucionales, es importante resaltar que la referencia a la *Pacha Mama* (Madre Tierra), hecha en el preámbulo de la Constitución del Ecuador sobre la idea de vivir en armonía y equilibrio con la naturaleza, impregna el resto de las disposiciones constitucionales (p. 18). Los derechos de la naturaleza están consagrados en el capítulo VII de la Constitución Ecuatoriana, que establece en su artículo 71 que:

[11] «[a]ko veľmi súvisiace a späté so životným prostredím treba hodnotiť právo verejnosti zapájať sa do procesu hľadania najrozumnejších variantov ľudských činností alebo produktu týchto činností, ktoré z tohto hľadiska nebudú zhoršovať dosiahnutý stav životného prostredia. Aby sa dosiahlo veľmi efektívne zapojenie verejnosti do tohto procesu, musí štát starostlivo zabezpečiť prenos informácií opisujúcich nielen navrhované varianty, ale aj ich dopad na stav životného prostredia zo štátu smerom k verejnosti a naopak.» Ver la Corte Suprema de la República de Eslovaquia (Najvyšší súd Slovenskej republiky), 1Sžp/1/2010 de 14 de mayo de 2013, para.101.

[12] Bolivia adoptó la Ley de Derechos de la Madre Tierra en 2010.

> La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. 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. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (Kotzé, 2018, pp. 22-23).

El artículo 72 de la Constitución ecuatoriana continúa señalando que:

> La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será 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. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas (Kotzé, 2018, pp. 22-23).
>
> La Madre Tierra no tiene voz ni manos propias para defenderse. Por esta razón, la Constitución combina las disposiciones sobre los derechos de la naturaleza con las correspondientes disposiciones que introducen las responsabilidades de los ciudadanos. Estas incluyen responsabilidades de proteger activamente el ambiente y actuar como guardianes de la naturaleza, mientras que destacan la necesidad de explotar los recursos de manera sostenible (arts. 83 y 399 de la Constitución; Kotzé, 2018, p. 23).

Desde la perspectiva de implementar los derechos de la naturaleza, es importante destacar que la redacción del artículo 71 de la Constitución también ofrece cierta orientación interpretativa indicando que el resto

de las disposiciones constitucionales deben interpretarse a la luz del mismo. Por lo tanto, el énfasis puesto en la activación de los ciudadanos para hacer cumplir los derechos de la naturaleza se traduce en la comprensión abierta y liberal del concepto de legitimación en cuestiones ambientales. Las disposiciones de acceso a la justicia consagradas en el artículo 75 de la Constitución también deben interpretarse de esta manera (Kotzé, 2018, p. 24).

Sin embargo, los derechos de la naturaleza no constituyen una norma fundamental decisiva en la jerarquía interna de la Constitución ecuatoriana, como lo hace, por ejemplo, la referencia a la dignidad humana en el artículo 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (p. 26). Asimismo, la experiencia de la aplicación práctica de disposiciones constitucionales muestra resultados mixtos, en los que los derechos de la naturaleza no tienen una clara prioridad sobre otros intereses que compiten. Recordando la época antes de que el derecho ambiental público diera a los Estados suficiente poder para controlar la contaminación industrial, la Constitución del Ecuador aún no ha compensado los intereses económicos (pp. 29-32).

Otras culturas no solo han reconocido los derechos de la naturaleza, sino también las responsabilidades de los ciudadanos. En la India, por ejemplo, la Alta Corte de Uttarakhand ha atribuido personalidad jurídica al río Yamuna, así como a otras entidades naturales, tales como los glaciares. En su decisión de 2017 sobre el caso *Mohd. Salim v. Estado de Uttarakhand & Otros*, la Alta Corte sostuvo que los ríos «Ganga y Yamuna son personas jurídicas/legales/entidades vivas [que] tienen la condición de persona jurídica con todos los derechos, deberes y responsabilidades correspondientes» (O'Donnell, 2017, pp. 135-44). A este respecto, la Alta Corte se fundamentó, entre otras cosas, en la doctrina *parens patriae* que hace recaer la responsabilidad principal de protección de las entidades naturales en el Estado y las autoridades públicas (O'Donnell, 2017, p. 139). Y en el caso de *Narayan Dutt Bhattt v. Unión de India*, la Alta Corte sostuvo que: «Todo el reino animal,

incluyendo el aviar y el acuático, se declara entidad jurídica, teniendo un carácter distintivo, con los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades de una persona viva. Todos los ciudadanos del Estado de Uttarakhand son declarados personas *in loco parentis* como el rostro humano para el bienestar/protección de los animales»[13].

4. Constituciones nacionales

De manera notoria, hay una correlación directa entre las disposiciones ambientales constitucionales y la mejora de las condiciones ambientales. Países como Alemania, los Países Bajos, Noruega, Suecia y Suiza han avanzado considerablemente en mejorar su calidad del aire tras la adopción de disposiciones constitucionales. Entre 1980 y 2005, las emisiones de óxidos de nitrógeno y dióxido de azufre disminuyeron más rápidamente en países con una protección explícita al medio ambiente en sus constituciones que en países sin disposiciones constitucionales similares (Boyd, 2012, p. 154).

Un beneficio indirecto de las disposiciones constitucionales es el mandato dado a las cortes para que interpreten todas las leyes con el fin de proteger el ambiente. Las cortes supremas de Argentina, Brasil e India, por ejemplo, han exigido de forma proactiva normativa de calidad del aire más estrictas, basándose en derechos constitucionales y estos llamamientos han dado lugar a normas más fuertes en las legislaturas de los países (Boyd, 2012, p. 155). También hay muchos ejemplos de cortes que prohíben directamente una actividad, como la construcción de una gasolinera junto a un colegio en Portugal, o exigen que operaciones industriales reduzcan la contaminación, como se ha visto en Colombia, Costa Rica, Grecia, Tailandia y otras culturas (p. 155). Como se ha mencionado anteriormente, la Constitución alemana no solo establece derechos fundamentales, sino también los objetivos

[13] *Narayan Dutt Bhatt v. Union of India y otros*, Petición Writ (PIL) No. 43 de 2014, sentencia del 4 de julio de 2018.

estatales. Se trata de una legitimación para que el Estado pueda servir a sus ciudadanos. Un ejemplo es el principio de la democracia, que se encuentra en el artículo 20 I de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana y está descrito en el artículo 20 II, que otorga poder a los ciudadanos. Esto igualmente cuenta para los Estados a través del artículo 28 I 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Morlock & Michael, 2021, p. 41 y ss.). Desde 1994, la Constitución alemana ha tenido lo que se conoce como objetivo estatal de protección ambiental, lo que significa que uno de los objetivos expresos del Estado es la protección ambiental. Por lo tanto, no es un derecho fundamental, pero a través del artículo 20a de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana el Estado está obligado a proteger el ambiente. Contiene la decisión de crear algo llamado un «Estado ambiental», que considera la protección ambiental como objetivo y norma de sus actividades (Kloepfer, 2015, p. 121). Al comparar con otras culturas, es importante destacar nuevamente que el artículo 20a de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana no establece un derecho fundamental. Por lo tanto, no establece un derecho subjetivo para el ciudadano, sino está dirigido únicamente al Estado (Kloepfer, 2015, p. 122). Esto significa que las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas de la Federación, de los estados y de las comunidades locales están todas sujetas al artículo 20a de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Kloepfer, 2015, p. 126 y ss.).

El artículo I de la Constitución de los Estados Unidos crea el Congreso y enumera sus poderes, limitados en la sección 8. Dado que la Constitución de los Estados Unidos se redactó en el siglo XVIII, no es sorprendente que ni la naturaleza ni el ambiente estén incluidos en el catálogo de competencias expresas y enumeradas del Congreso de Estados Unidos Varios movimientos han pedido que se enmiende la Constitución de los Estados Unidos para incluir el ambiente, pero ninguno lo ha logrado. En sus más de doscientos años de historia, la Constitución de los Estados Unidos solo ha sido enmendada veintisiete veces. Por lo tanto,

uno podría preguntarse si el Congreso tiene solamente facultades asignadas limitadas y la protección ambiental no es una de ellas, ¿bajo qué autoridad podría promulgar legislación ambiental? Basta con leer la primera cláusula de la Ley de Aire Limpio de 1963 para responder a la pregunta: «El Congreso encuentra que la parte predominante de la población de la nación se encuentra en áreas metropolitanas y otras áreas urbanas en rápida expansión, que generalmente cruzan las líneas limítrofes de la jurisdicción local y a menudo extendiéndose a dos o más Estados»[14]. El lenguaje operativo de esta cláusula, «extendiéndose a dos o más Estados», implica el poder del Congreso Federal para legislar en virtud de lo que se conoce como la Cláusula de Comercio (artículo I, sección 8, cláusula 3) de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que el Congreso de los Estados Unidos tendrá poder para «regular el comercio con naciones extranjeras y entre los diversos estados y con las tribus indígenas». Si no fuera por la Cláusula de Comercio, al no mencionarse el ambiente en la Constitución Federal significaría que la competencia ambiental se mantiene con los cincuenta estados.

Bajo los auspicios de la Cláusula de Comercio, el Congreso ha promulgado igualmente la Ley de Agua Limpia, la Ley de Especies en Peligro de Extinción y la Ley de Agua Potable Segura, junto con una docena de otras disposiciones jurídicas importantes. Pero la legislación, por sí sola, es inadecuada para lograr objetivos ambientales. Por ello, el Congreso tomó medidas adicionales para implementar estas leyes con la creación de un órgano administrativo, así como mecanismos de ejecución alternativos, tales como «demandas ciudadanas» para los casos en los que la Agencia de Protección Ambiental no cumpla con sus funciones de implementación. En virtud de la legislación federal, la capacidad de procesar a los infractores recae en el gobierno federal. Sin embargo, muchas leyes federales establecen que, cuando los ciudadanos notifican a la entidad gubernamental competente que se está produciendo una

[14] 42 U.S.C. § 7401 (a)(1).

infracción y el gobierno no toma medidas después de un periodo de tiempo determinado (normalmente noventa días), la capacidad de procesar una infracción pasa a los ciudadanos, que sí podrán hacerlo.

5. Constituciones estatales y subnacionales

Para comprender plenamente las prácticas del derecho constitucional, al examinar las constituciones nacionales o subnacionales, el observador debe primero identificar la naturaleza del Estado. ¿Es el Estado federal, cuasi federal o tiene alguna otra forma? El federalismo en Estados Unidos está claramente definido por la historia, al estar formado por los trece estados soberanos originales. Otros países también formados por estados o regiones que fueron autónomos, como Alemania e Italia, son Estados federales también, pero con características diferentes (Ginsburg, 2010, pp. 1583, 1594). Por lo tanto, un segundo paso necesario sería averiguar las interrelaciones tanto *de jure* como *de facto* entre constituciones *nacionales* y *subnacionales* en la cultura jurídica examinada.

Al igual que sus contrapartes nacionales, las constituciones subnacionales se presentan de diferentes formas. La magnitud de la soberanía retenida en las constituciones estatales de los Estados Unidos no tiene paralelo con ningún otro órgano subnacional. La mayoría de los países con sistemas federales se sitúan en el punto medio del espectro, con algún tipo de documento estatal, regional o provincial que garantiza los derechos y, por lo general, otorga funciones de gobierno muy limitadas a los gobiernos subnacionales (Tarr, 2008, pp. 176-178). Las constituciones de los *Länder* (estados) de Alemania, precediendo la adopción federal de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, contienen muchas disposiciones, especialmente en materia de derechos humanos, pero no delegan demasiadas responsabilidades a los estados alemanes (p. 179). Canadá, otro país en la mitad del espectro, tiene una constitución nacional que consiste de aproximadamente veintiséis documentos distintos; por lo tanto, las constituciones provinciales también están previsiblemente diseminadas a través de varios documentos (p. 176). Tal vez una de las

características más notables de las constituciones subnacionales de Canadá es que, en lugar de ser documentos consolidados, solo modificables mediante un riguroso proceso de enmienda, los documentos provinciales son leyes creadas por la Asamblea Nacional de Canadá (p. 180). Como consecuencia obvia, estos instrumentos constitucionales provinciales son susceptibles de ser alterados a través de otra legislación ordinaria. Además, en muchos aspectos, los gobiernos provinciales desempeñan un papel mucho más restringido que sus contrapartes estadounidenses. Esto es más evidente en el hecho de que toda legislación provincial canadiense está sujeta a interpretación de la Corte Suprema de Canadá y que, incluso cuando es interpretada por tribunales inferiores, los jueces son siempre designados por el gobierno federal (p. 181). Muchos de los países que se encuentran en la mitad del espectro también requieren conformidad entre las disposiciones nacionales y subnacionales, lo que puede verse en países como China, Italia, España o Suiza (p. 187). Esto ha dado lugar a un sistema canadiense en que las disposiciones nacionales y subnacionales no pueden distinguirse entre sí (p. 184). En el otro extremo del espectro se encuentran países como Bélgica, Nigeria y la India, que no tienen ni constituciones subnacionales ni un sistema paralelo de cortes subnacionales (pp. 174-176).

Cuando los Estados europeos ceden responsabilidades a la Unión Europea, parece que esta asume muchas de las funciones y características de un Estado con subestados (Ginsburg, 2010, pp. 1583-1584). Sin una constitución, la Unión Europea es, en cambio, una unión de tratados. Está sujeta por una serie de tratados que sientan la base de la Unión Europea y crean una serie de derechos y obligaciones, similares a las normas en las constituciones. La delimitación entre competencias de gobiernos de los Estados miembros y la Unión Europea, la supremacía del derecho de la Unión Europea, los tratados vinculantes, los obstáculos para modificar sus principios fundamentales y la revisión judicial por parte de las cortes de la Unión Europea muestran muchas características de un sistema federal. Además, cuenta con cortes, instituciones legislativas, un

Ejecutivo y funciones administrativas. Si bien la Unión Europea y sus veintisiete Estados miembros no componen un Estado único, la Unión Europea se ha transformado ciertamente en esta dirección desde su comienzo, mucho más modesto, en la década de 1950 (pp. 1583, 1595). En cuanto a la protección ambiental, la Unión Europea muestra una tendencia al federalismo. La protección ambiental es una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados Miembros, pero cualquier disposición del tratado ambiental de la Unión Europea será ley suprema, según el Tratado de Lisboa de 2009, art. 2C (2)(e).

En comparación, en su esfera constitucional, Alemania está formada por una federación y dieciséis *Länder* (estados) subnacionales. El artículo 30 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, con funciones de constitución, establece que: «El ejercicio de las competencias estaduales y el cumplimiento de las funciones estaduales competen a regiones subnacionales siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario». En consecuencia, tanto la federación como cada estado tienen su propia constitución. Los estados deben seguir los principios básicos de la constitución federal conforme al artículo 28(1) de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, pero por lo demás son libres de elaborar sus propias constituciones. Los estados deben seguir los principios básicos de la constitución federal conforme al artículo 28(1) de la citada ley, pero por lo demás son libres de formar sus propias constituciones (Morlock & Michael, 2021, p. 65). Sin embargo, se recuerda en el artículo 31 que «la ley federal prevalecerá sobre la ley estadual». En la práctica, salvo en algunas áreas limitadas como la cultura (incluida la educación) y administración policial, el catálogo de competencias legislativas es en gran parte nacional y las regiones subnacionales administran y aplican la ley nacional además del catálogo más reducido de leyes estaduales[15].

[15] Sin embargo, más recientemente, los *Länder* están tomando medidas independientes, como la Ley de Protección del Clima de Renania del Norte-Westfalia (2013), la primera

Las disposiciones constitucionales estaduales no son una mera novedad. En las últimas décadas, los litigantes han basado las acciones ambientales cada vez más en las constituciones subnacionales, provinciales o estaduales. Especialmente en los Estados Unidos, este nuevo interés en las constituciones estaduales no se ha limitado a cuestiones ambientales. Todas las áreas del derecho han experimentado un creciente interés por las correspondientes disposiciones constitucionales estaduales (Garry, 2014, p. 4).

Las constituciones subnacionales son documentos fundamentales que pueden ser idénticos, similares o sustancialmente diferentes a sus contrapartes nacionales. Utilizando los Estados Unidos como ejemplo, mientras que la Constitución federal se caracteriza por sus limitadas concesiones de poder legislativo, comparativamente, los gobiernos estaduales poseen poder pleno para legislar (Tarr, 2011, pp. 7, 12). Se pueden observar muchas similitudes textuales entre la Constitución de los Estados Unidos y la de cualquier estado, pero estas aún deben entenderse a través de la noción del federalismo estadounidense. En general, las constituciones estaduales no otorgan poderes, sino que sirven para limitar los poderes de estos gobiernos estaduales (pp. 12-13)[16]. En ausencia de limitaciones constitucionales, el poder legislativo del Estado sigue existiendo. Por lo tanto, cuando se establecen tales limitaciones, a menudo tienen un alcance limitado y están elaboradas con gran detalle, lo que contribuye a la tendencia de las constituciones estaduales, al igual que muchas otras constituciones nacionales en el

ley aprobada por un estado federal en Alemania para proteger el clima. La Ley estipula una reducción del 25% de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2020 y una reducción de al menos el 80% para 2050.

[16] Tarr cita *State ex rel. Schneider v. Kennedy*, 587 P.2d 844, 850 (Kan. 1978), que declara: «Es fundamental que nuestra constitución estadual limite y no confiera poderes. Cuando está implicada la constitucionalidad de una norma, la cuestión que se plantea no es, por lo tanto, si la norma está autorizada por la constitución, sino, si esta consiguiente prohibida».

mundo, a ser documentos extensos (pp. 7, 13). Algunos comentaristas han sugerido que estos largos documentos se han vuelto tan detallados que, hasta cierto punto, dejan de ser constitucionales y, más bien, tienden a ser esquemas legislativos (Williams, 2009, pp. 23-24). En acorde con el principio interpretativo de *inclusio unius est exclusion alterius* (la inclusión de una cosa significa la exclusión de otra), este extenso detalle sobre los deberes de los poderes legislativos también puede actuar como una limitación en cuanto al grado de discrecionalidad que tienen sobre muchos asuntos (Williams, 2009, p. 24).

Prestándose la idea del autogobierno de Suiza, varios estados de Estados Unidos han promulgado disposiciones sobre *iniciativas*, *referéndum* y *revocación* (p. 6). Las iniciativas permiten a los ciudadanos promulgar eficazmente su propia legislación durante las elecciones generales, añadiendo preguntas sobre políticas determinadas para los votantes en las urnas. Los referendos permiten a los ciudadanos derogar efectivamente las leyes creadas por el poder legislativo (Garry, 2014, p. 5). En los casos en que los ciudadanos consideren que no han sido representados adecuadamente por sus representantes elegidos, o que los representantes se hayan descalificado para ocupar el cargo, se puede aplicar una revocación para destituirlos. Estas herramientas, solamente disponibles a nivel de los estados, están ausentes en la Constitución de los Estados Unidos (Williams, 2009, p. 32).

Hay que reconocer que las constituciones de los estados no son copias de la Constitución de los Estados Unidos, sino textos independientes, con su propia redacción, caracteres, antecedentes históricos, historias jurídicas y filosofías políticas (p. 8). El federalismo en los Estados Unidos también puede denominarse constitucionalismo dual, un término que destaca el papel esencial que desempeñan las constituciones tanto a nivel federal como estadual. Las constituciones estaduales de los Estados Unidos se crean sobre una premisa fundamentalmente diferente a la de su contraparte federal. El federalismo en los Estados Unidos se ampara en la existencia tanto de las constituciones nacionales

como subnacionales; la constitución nacional, es decir, la federal, se creó mediante el cese de la soberanía estatal en varias áreas. Este sistema de *imperium in imperio* (soberanía dentro de la soberanía) reconoce que, al renunciar a la soberanía sobre determinados asuntos en favor del gobierno federal, los estados conservan autoridad sobre la mayoría de los demás asuntos (p. 17). Uno de los principales autores de la Constitución de los Estados Unidos, James Madison, insistió en que «los poderes delegados por la Constitución propuesta al gobierno federal son pocos y definidos. Los que deben permanecer en los gobiernos estaduales son numerosos e indefinidos» (Hamilton y otros, 2009, pp. 97-100).

En el ámbito del derecho ambiental, la noción de federalismo cooperativo significa que, aunque la Constitución de los Estados Unidos ha sido interpretada para dar al gobierno federal el poder de gobernar las cuestiones ambientales, en la práctica un ciudadano nacional o extranjero va a escuchar con mucha más frecuencia a un gobierno estadual que al gobierno federal, si se produce un problema ambiental. En realidad, la Agencia de Protección del Ambiente (AFPA) del gobierno federal tiene muy pocas personas para inspeccionar los lugares de contaminación y hacer que se cumpla la ley. En su lugar, los estados hacen la mayor parte del trabajo bajo autoridad delegada, a través de instrumentos legales como los planes de implementación estatales (SIP), preaprobados en el ámbito de la contaminación del aire, presentados por los estados al gobierno federal para su acuerdo y aprobación.

La AFPA, creada por el Congreso, es un órgano administrativo federal constituido con para hacer cumplir las leyes ambientales y generar reglamentos que están en consonancia con las leyes del Congreso. La AFPA ha recibido un alto grado de deferencia en su interpretación de las leyes, siempre y cuando «se mantenga dentro de los límites de su autoridad legal»[17]. En lo que se ha convertido en un caso muy conocido, *Chevron v. Consejo de Defensa de Recursos Naturales*, la Corte Suprema

[17] *Utility Air Regulatory Group v. AFPA*, 134 S.Ct. 2427, 2439 (U.S., 2014).

se remitió al criterio de la AFPA sobre una cuestión concreta, exigiendo únicamente que la agencia actuara de forma razonable y que interpretara la ley tanto en el contexto específico del caso en cuestión como en el contexto más amplio de la ley en su totalidad[18]. La interpretación de una ley por la AFPA debe, ante todo, respetar la intención expresa del Congreso cuando esta sea clara. Los tribunales declararán inadmisibles adiciones de la AFPA que excedan o contradigan la intención del Congreso[19]. En otras palabras, cuando el Congreso haya expresado de manera clara su intención, especialmente en los casos de umbrales numéricos inequívocos para los contaminantes, ni la AFPA ni ninguna otra agencia del Poder Ejecutivo puede hacer una interpretación irrazonable de dichos umbrales, ni editar la disposición para adaptarla a su interpretación irrazonable[20].

Sin embargo, el abogado cuyo cliente tiene un problema que debe ser amparado por el derecho ambiental en Estados Unidos no suele encontrarse con el derecho federal al comienzo de la acción. En virtud del concepto político de «federalismo cooperativo», a pesar de la Cláusula de Comercio que otorga al gobierno federal competencia sobre el ambiente, el gobierno federal delega a su vez la mayor parte de las cuestiones ambientales en materia de legislación y aplicación de la ley a los estados, a través de mecanismos como los planes de implementación estatales. Para ese profesional, significa que un cliente debe cumplir primero con la legislación estadual, que debe ser tan estricta o más que legislación federal. Solo cuando el gobierno federal determine que la ley de un estado, tal y como se ha elaborado o aplicado, es insuficiente, asume un asunto legal a través de un proceso conocido como *overfiling*. Si un estado persiste en demostrar que no tiene el deseo o la capacidad de elaborar y aplicar la ley tan o más estricta que la ley federal, entonces el gobierno

[18] *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 104 S.Ct. 2778 (1984).

[19] *Utility Air Regulatory Group v. AFPA*, 134 S.Ct. 2427, 2445 (U.S., 2014).

[20] *Utility Air Regulatory Group v. AFPA*, 134 S.Ct. 2446.

federal puede suspender la autoridad delegada del estado y administrar las cuestiones ambientales del estado desde el poder de la Cláusula de Comercio de la federación. En la práctica, es raro que esto ocurra, ya que por una cuestión de buen gobierno y orgullo, los funcionarios estaduales elegidos no quieren perder ni el poder ni el apoyo financiero federal que llega con la correcta ejecución por parte del estado de las competencias ambientales que la federación o unión les ha delegado.

En Estados Unidos, las constituciones estaduales imponen obligaciones a sus respectivos gobiernos y crean derechos para los ciudadanos de ese estado, al igual que la Constitución federal, que otorga poderes al gobierno federal e impone límites a dichos poderes (Tarr, 2011, pp. 7, 13). En 1970, Illinois fue el primer estado que modificó su constitución para incluir un derecho ambiental, seguido rápidamente por Pensilvania un año después. El artículo I, sección 27 de la Constitución de Pensilvania establece lo siguiente:

> Las personas tienen derecho al aire limpio, agua pura y a la preservación de los valores naturales, paisajísticos, históricos y estéticos del medio ambiente. Los recursos naturales públicos de Pensilvania son propiedad común de todo el pueblo, incluyendo las generaciones futuras. Como administrador de estos recursos, el territorio autónomo (*Commonwealth*) deberá conservarlos y mantenerlos en beneficio del pueblo (Constitución de Pensilvania, art. 1, §27).

Algunos observadores han señalado que el texto del artículo 27 crea dos derechos distintos con deberes correspondientes (Kristl, 2016, pp. 10594-10595). Los derechos en la primera frase, como el derecho al aire limpio, agua pura, etcétera, podrían referirse a «derechos de la primera frase» (p. 10596). Todos los demás derechos derivados de la segunda y tercera frase podrían denominarse «derechos de confianza pública» (p. 10596). Por un lado, los derechos de la primera frase no crean expresamente un deber por parte del gobierno, pero esto no los convierten

en una mera aspiración[21]. Si bien podría decirse que no existe un deber positivo, ciertamente existe un derecho del pueblo y la obligación como corolario para que el gobierno se abstenga de infringir estos derechos mediante la legislación o sobre acción ejecutiva[22]. Por consiguiente, el gobierno de Pensilvania está obligado, bajo el artículo 27, a realizar una evaluación ambiental antes de «cualquier acción propuesta sobre las características constitucionalmente protegidas»[23].

Por otro lado, los derechos de confianza pública, que surgen del lenguaje explícito de «conservar y mantener», sí crean una obligación positiva para que el estado actúe[24]. Los recursos naturales públicos son el corpus de la confianza pública; por lo tanto, deben ser protegidos por el estado con los deberes ordinarios de prudencia, lealtad e imparcialidad que suelen asociarse a las relaciones fiduciarias[25]. Los derechos de confianza pública también se crean implícitamente a través del lenguaje de la sección 27. Primero, el estado de Pensilvania «tiene la obligación de abstenerse de cumplir sus deberes fiduciarios de respetar el ambiente injustificadamente»[26]. Esto también implica evitar el agotamiento de los recursos naturales públicos, tanto por la acción directa del estado o indirectamente al no impedir el daño producido por las partes privadas[27]. Segundo, el estado, como fiduciario, está obligado a actuar afirmativamente a través de la legislación de protección ambiental[28]. Este elemento ha sido justificado por la Asamblea General de Pensilvania en múltiples ocasiones, mediante su adopción de la Ley de Arroyos

[21] *Robinson Twp., Washington Cty. v. Com*., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[22] *Robinson Twp*., *Washington Cty*. v. Com., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[23] *Robinson Twp*., *Washington Cty*. v. Com., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[24] *Robinson Twp*., *Washington Cty*. v. Com., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[25] *Robinson Twp*., *Washington Cty*. v. Com., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[26] *Robinson Twp*., *Washington Cty*. v. Com., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[27] *Robinson Twp*., *Washington Cty*. v. Com., 623 Pa. 564, 647 (2013).
[28] *Robinson Twp., Washington Cty. v. Com*., 623 Pa. 564, 647 (2013).

Limpios,[29] la Ley de Control de la Contaminación del Aire[30] y la Ley de Gestión de Residuos Sólidos[31], entre otras.

Así, junto a una concesión de derechos al pueblo en lenguaje claro, uno encuentra la obligación implícita de que la Asamblea General de Pensilvania debe crear legislación complementaria. La existencia separada de ambas impulsó a algunas personas interesadas a proponer que esta enmienda no es ejecutable por sí sola en el juicio conocido como Gettysburg Tower. Eso significaría que solo es una aspiración y que una acción judicial no podría depender únicamente de la enmienda sin una legislación de implementación complementaria, similar a los *Staatszielbestimmungen* (objetivos estaduales) alemanes. El tribunal de apelación al que se refiere como *the Commonwealth Court* de Pensilvania, es una de dos cortes de apelación de segunda instancia en el estado para casos entre ciudadanos y el Commonwealth, sostuvo en el caso Gettysburg Tower que el artículo I, sección 27 de la Constitución de Pensilvania sí es autoejecutable y, por lo tanto, podría ser utilizado por ciudadanos como base legal de sus demandas sin ninguna legislación subsiguiente para ejecutar los derechos creados.

En la actualidad, en Estados Unidos no solo Illinois y Pensilvania tienen derechos constitucionales ambientales autoejecutables, sino también Hawái. Las constituciones de Massachusetts y Rhode Island incluyen explícitamente en su constitución estos derechos, pero no son autoejecutables y requieren una legislación adicional para que los ciudadanos puedan hacerlos valer. En ese sentido, son comparables a los objetivos estatales de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. La disposición constitucional de Montana no es ni claramente autoejecutable ni claramente dependiente, se necesita una interpretación judicial adicional. En el ejercicio de la comparación, podemos plantear

[29] Ver 35 P.S. § 691.1 y ss.

[30] Ver 35 P.S. § 4001 y ss.

[31] Ver 35 P.S. § 6018.101 y ss.

la pregunta de cuál es la función de una disposición constitucional y cuándo depende de la legislación para ser ejercida como un objetivo estadual, cuando es comparada con la función de un derecho ambiental autoejecutable en la práctica.

Aún con derechos y obligaciones constitucionales expresas en vigor, los factores de contrapeso pondrán a trabajar a las cortes, que interpretarán las disposiciones aplicándolas a los casos que se presenten. Volviendo al ejemplo del artículo 1, sección 27 de Pensilvania, que establece expresamente lo que debe protegerse, no define los parámetros exactos de la protección ambiental que se ofrece. ¿Debe quedar el ambiente completamente intacto? En el caso *Payne v. Kassab*, de 1973, la corte del Territorio Autónomo (*Commonwealth*) de Pensilvania sostuvo que existen límites al alcance de la protección otorgada en virtud del artículo I, sección 27, que permite el «desarrollo normal de la propiedad»[32]. Al permitir un proyecto de ampliación de calles, la corte de Payne lo distinguió como un caso de «desarrollo controlado» frente a la otra posible alternativa de «ningún desarrollo»[33]. Para permitir un desarrollo controlado, en el sentido del artículo I, sección 27, la corte estableció una prueba de tres partes para que las cortes subsiguientes siguieran, por lo que deben preguntar: 1) si los desarrolladores cumplieron con todas las leyes y reglamentos aplicables pertinentes al mandato del Commonwealth de proteger el ambiente; 2) si hay pruebas de que se redujo al mínimo una posible perturbación del ambiente; y 3) si el daño ambiental de la acción impugnada supera claramente los beneficios del proyecto[34].

[32] *Payne v. Kassab*, 312 A.2d 86, 94, 11 Pa.Cmwlth. 14, 29 (Pa.Cmwlth. 1973).

[33] *Payne v. Kassab*, 312 A.2d 86, 94, 11 Pa.Cmwlth. 14, 29 (Pa.Cmwlth. 1973).

[34] *Payne v. Kassab*, 312 A.2d 86, 94, 11 Pa.Cmwlth. 29-30 (Pa.Cmwlth. 1973).

6. Conclusiones

Al comparar los derechos y obligaciones constitucionales ambientales de cualquier cultura, debemos empezar por comprender la estructura federal de un Estado. La organización constitucional del Estado soberano del siglo XXI abarca un espectro que va desde el unitario excepcional (Francia) hasta un sistema federal-estatal dual completo (Estados Unidos). La mayoría de los estados del mundo (China, Italia, España, Suiza, etcétera) organizan sus relaciones nacionales-subnacionales en algún punto intermedio de este espectro. Una vez que se haya entendido el federalismo constitucional de un Estado, hay que tener en cuenta, por supuesto, la asignación de los derechos y las responsabilidades ambientales, no solamente entre las unidades federales, sino entre las sedes de las unidades, como expusimos en el capítulo 4. Con esta matriz bidimensional en mano, uno puede entonces pasar a los matices de la política en cualquier cultura y cómo interactúan con las instituciones legales, los organismos y fuentes de derecho en la vida y la práctica legal, ya que sirven para proteger el aire, el agua, la tierra, la salud y la alegría de vivir de los ciudadanos.

Capítulo 6
Interfases entre el derecho y la política

Tsegai Berhane Ghebretekle y Marek Prityi

1. Introducción

Sin alejarnos mucho de la pregunta básica que hace posible el derecho comparado, «¿cuál es la función del tema?», en este capítulo abordamos la función de las interfases del derecho y la política para el derecho ambiental a través de las culturas. Existen varios enfoques para la relación entre los ámbitos del derecho y la política[1]. La política no es derecho

[1] Miro Cerar define el derecho como el sistema de valores normativos vinculantes establecidos y ejecutados por el Estado en el derecho nacional y ejecutados por organizaciones e instituciones internacionales en el derecho internacional, destinados al establecimiento y mantenimiento de un equilibrio entre la justicia y el orden y la solución y prevención de conflictos societarios e internacionales apremiantes (2009, pp. 19, 21).

La política es el resultado de una elección colectiva de una sociedad. Se trata de la forma en que los Estados se organizan y gobiernan. Por lo tanto, se podría argumentar que la potestad reglamentaria y la toma de decisiones (ya sean económicas, sociales o ambientales) son intrínsecamente políticas, en el sentido de que tratan de resolver los conflictos inherentes y de conciliar los objetivos ambientales con otros valores competitivos, como el bienestar económico, los derechos individuales y la justicia social (ver Kraft, 2016, pp. 7, 10).

y el derecho no es política. Las interfases entre ambas muy a menudo se ejemplifican en el proceso político de elección de los legisladores y el resultado indirecto que tienen esas opciones políticas sobre las leyes elaboradas por ellos.

Ya hemos visto que, en la India, la decisión de establecer un tribunal verde y no una corte verde, fue política. Al momento de escribir este libro, han sido los agentes de esas políticas los que han plasmado su deseo de minimizar la accesibilidad y el impacto del TNV, eliminando a todos los jueces del TNV excepto los principales y, en consecuencia, eliminando todo acceso regional al TNV, excepto por videoconferencia. Por otra parte, una corte establecida constitucionalmente no podía ser suspendida políticamente de su funcionamiento. La política también puede ser responsable de crear y reflejar las actitudes de los ciudadanos hacia acciones legales del Estado. Cuando el Estado no responde a la expresión política de las actitudes de los ciudadanos, la ley puede proveer una acción legal ambiental directa del ciudadano, como se discutirá en el próximo capítulo.

Así, este capítulo pretende examinar el contexto disciplinario del derecho ambiental en lugar de volverse hacia sí mismo. El capítulo se centra en contextos históricos y políticos que perfilan el carácter del derecho ambiental. Manteniéndose fiel a su naturaleza comparativa, los puntos expuestos en el capítulo se demostrarán con ejemplos de varias regiones, divididas, en aras de la claridad, en el Norte y el Sur globales. Como el propio derecho, la política forma parte de la cultura en la que conducimos las presentes comparaciones (Luhmann, 2009, pp. 371-374). El contexto más amplio que configura el desarrollo del derecho ambiental se ilustra con ejemplos en los que se destaca el papel activo de los ciudadanos cuando abordan las cuestiones ambientales haciendo uso de sus derechos civiles y políticos.

2. Relevancia de la intersección entre derecho y política para la comparación jurídica

Aunque la intersección entre el derecho y la política pueda parecer a primera vista un poco alejada del concepto de derecho comparado (al menos en su sentido simplificado), los enfoques posmodernos y críticos del derecho comparado lo consideran una valiosa contribución a la investigación jurídica comparada. El argumento de que los campos del derecho y la política no deben considerarse estrictamente divididos ya fue vocalizado por el movimiento de los estudios críticos en Estados Unidos en la década de 1970 (Siems, 2014, p. 114). Si se adopta el enfoque de inmersión comentado en el capítulo 2, la mejor manera de entender el derecho extranjero es sumergirse en toda la cultura extranjera, incluida la política, la historia, la economía y, sobre todo, el idioma (Curran, 1998, pp. 43, 59).

La identidad política de las culturas también puede verse como una articulación de su desarrollo histórico e influencias culturales (Siems, 2014, pp. 101-102). Basándose en su filosofía empírica del derecho, el juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes (2014) afirmó que «la vida del derecho no ha sido lógica sino de experiencia» y que, además, esa experiencia ha sido moldeada por las necesidades de la época, por teorías morales y políticas, y por la política pública en la que se inscribe (Holmes, 1897, p. 457). Por lo tanto, la investigación del derecho ambiental comparado se beneficiará de una percepción de los desarrollos culturales, históricos y políticos que crean los sistemas legales y que forman el objeto de la comparación (Junker, 2014, pp. 69, 81; Curran, 1998, pp. 43, 51).

Dado que el derecho comparado no debería ser un ejercicio que comience y termine con una comparación textual, es necesario prestar atención y reconocer el contexto de las instituciones y las fuentes del derecho que implican costumbres nacionales y la investigación cultural (Junker, 2014, pp. 88-90). Los mismos factores ideológicos y políticos

que eran claramente rastreables en el derecho ambiental constitucional en el capítulo 5 también son tratables en la interfase entre la política y otras fuentes de derecho. El papel de los partidos políticos en el proceso legislativo es crucial, ya que son fundamentales en agregar y comunicar las preferencias y prioridades políticas y traducirlas en legislación vinculante (Lindberg y otros, 2008, pp. 1107-1108). La política también puede verse influenciada por los movimientos ambientales y sociales que no necesariamente se transforman en partidos políticos. Sin embargo, los partidos políticos representan un poder con el que los abogados deben contar, con un potencial para influir en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial (Chopra, 2017, p. 47).

3. Surgimiento y evolución de la política verde en el Norte global

El surgimiento de la política verde está inextricablemente ligado a movimientos sociales y al activismo que aparecieron en los países occidentales en las décadas de 1960 y 1970 (Burchell, 2002, p. 9). La característica de estos movimientos no fue solo un nuevo enfoque de las cuestiones ambientales, sino también una nueva perspectiva sobre el amplio conjunto de valores sociales y colectivos, articulados en la forma de derechos humanos, derechos de la mujer y derechos civiles (p. 11). Una nueva forma de pensar cuestionó la ideología de la cultura capitalista basada en el crecimiento ilimitado y, en su lugar, hizo hincapié en los límites naturales asociados al crecimiento económico y demográfico (p. 12). Las ideas y los principios por los que lucharon los activistas en este periodo formaron los principales fundamentos ideológicos de la política verde. Los políticos verdes empezaron a institucionalizar su política en forma de partidos verdes en la década de 1980 (p. 9).

El Partido Verde Alemán (*Bündnis 90/Die Grünen*), podría verse como ejemplo de un partido político construido sobre la idea de dar representación política no solo a los activistas ambientales sino también

a los activistas pacifistas y feministas que se oponen a una gran variedad de temas, que van desde las acciones militares y la energía nuclear hasta la industrialización y el autoritarismo. Al principio, el Partido Verde Alemán se enfrentó al reto de equilibrar su doble papel como movimiento para el cambio social y como partido aspirante dentro de un sistema político establecido. Sin embargo, gradualmente fue evolucionando hasta su forma actual de partido relativamente mayoritario, institucionalizado y profesional, con representación regular en el parlamento a nivel federal, así como a nivel de los respectivos estados federales (pp. 52-58). La transformación de un movimiento a un partido político —y su asociación con el poder Legislativo— es un paso crucial para que un movimiento ambiental tenga un impacto prolongado en la legislación (Chopra, 2017, p. 47).

El poder de los procesos iniciados por los movimientos ambientales en los años sesenta y setenta podría demostrarse también por el hecho de que los ministerios de medio ambiente forman hoy en día una parte relativamente estándar de los gobiernos, no solo en los países occidentales, sino en todo el mundo (Rootes, 1999, p. 1)[2]. Sin embargo, este hito también podría marcar el final del ciclo vital del movimiento ambiental, ya que modificó el orden social original al convertirse en parte de él (Chopra, 2017, p. 38).

El campo de derecho ambiental también se vio influenciado por los avances en los ámbitos académicos, políticos y el activismo. Por ejemplo, el debate en torno al famoso artículo de Christopher D. Stone, «¿Deberían tener los árboles legitimación procesal?» (1972, pp. 450-501), en el que argumentaba por el reconocimiento de la personalidad jurídica y los «derechos» de la naturaleza, configuró de forma significativa la cuestión de acceso a la justicia en el derecho ambiental no solo en los Estados

[2] Sin embargo, cabe señalar que en los EE.UU. se ha intentado en múltiples ocasiones cambiar el estatus de la Agencia de Protección Ambiental de una agencia administrativa a la posición de nivel de Gabinete Ejecutivo y, en cada ocasión, el intento ha fracasado.

Unidos, sino también en otros países. El artículo de Stone influenció en el debate sobre acceso a la justicia de cuestiones ambientales en Alemania, donde el Consejo Alemán de Gestión de Paisajes exigió ya en 1967 una determinada forma de acción de interés público en materia ambiental (Schmidt, 2014, p. 3). Aunque la comunidad jurídica alemana se resistió durante mucho tiempo, la provocación de Stone sirvió de poderoso incentivo para el debate en los círculos jurídicos, ambientales y académicos alemanes (p. 4).

Los países de detrás de la Cortina de Hierro han experimentado un desarrollo diferente. Bajo el régimen dictatorial de los partidos comunistas y bajo la influencia de la Unión Soviética, el espacio para las actividades cívicas y el compromiso era considerablemente menor. Sin embargo, la situación empezó a cambiar hacia el final de la Guerra Fría. En sus últimos años, la Unión Soviética redujo gradualmente su participación en la política interna de sus Estados satélites, lo que creó un espacio para que personas y grupos comprometidos pusieran a prueba los límites del régimen (Šuška, 2014, pp. 60, 65). En países como la República Democrática Alemana o Checoslovaquia empezaron a formarse grupos enfocados en actividades de protección del ambiente y del patrimonio cultural[3]. Inicialmente, sus actividades no provocaron mayores confrontaciones con el régimen, pero crearon un espacio para el surgimiento de un nuevo *ethos* social y ambiental que transformó gradualmente estas actividades y debates ocasionales en un movimiento que acogía los derechos civiles y políticos y la defensa pública. Por este motivo, las personas que organizaban y participaban en estas actividades fueron monitoreadas por los servicios de inteligencia y pronto fueron calificadas en los círculos gubernamentales como enemigos

[3] En la República Democrática Alemana (conocida coloquialmente como Alemania Oriental), grupos pacifistas y ambientalistas habían estado activos bajo la protección de las iglesias luteranas desde finales de la década de 1970. En los años 80, formaban una parte integral de una red descentralizada que permitía la comunicación entre los distintos grupos a través de talleres, seminarios o conferencias (ver Wielgohs, 2004, pp. 19, 38).

internos (p. 66). En 1977, varios ciudadanos checos y eslovacos firmaron una «carta» en la que criticaban al gobierno checoslovaco por no implementar las disposiciones sobre derechos humanos de una serie de leyes nacionales e internacionales, incluida su propia constitución. Conocida a partir de entonces como la Carta 77[4], al menos a partir de 1987 se convirtió en el punto focal de una serie de grupos recién fundados en Checoslovaquia (Wielgohs, 20004, pp. 19, 38). Gracias a su activación inicial durante el reinado del régimen Comunista, el movimiento ambiental fue una de las principales fuerzas que dio forma a los acontecimientos revolucionarios de 1989 y entró en la era de la recién descubierta democracia como uno de los elementos más preparados de la sociedad civil (Šuška, 2014, pp. 68-69).

En los primeros años después de la revolución en Checoslovaquia, un sistema de representación política abierto sin precedentes, acompañado del apoyo de los ciudadanos, sirvió de catalizador para la adopción de legislación básica en el ámbito de la protección ambiental y un marco institucional para su implementación. *La Zákon o životnom prostredí* (Ley de Medio Ambiente) Nº 17/1992, adoptada relativamente poco después de la caída del régimen totalitario, estableció los principios básicos del derecho ambiental (Katrlík , 2016, p. 16).

Dinámicas y avances similares estuvieron presentes también en la nueva Alemania unificada. El espíritu revolucionario y el empeño de los alemanes orientales en conquistar pacíficamente el régimen comunista dictatorial se convirtió, por ejemplo, en el impulso para que los intereses de la protección ambiental quedaran consagrados en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz*). La unificación también presentó la oportunidad de mejorar esta ley, lo que se demostró al integrarse la protección ambiental como objetivo constitucional en el artículo 20a (Jaggi, 2018, pp. 173, 179). Aunque el debate sobre el

[4] La Carta 77 fue un documento que sirvió de incentivo para la creación de una iniciativa cívica informativa en la antigua Checoslovaquia operando bajo el mismo nombre.

papel de la protección ambiental en el marco constitucional también estaba sucediendo en la antigua Alemania Occidental antes de la unificación, existen argumentos válidos para afirmar que fue el impulso de los revolucionarios de Alemania Oriental lo que permitió girar de los debates teóricos a la realidad[5].

Paradójicamente, el periodo posrevolucionario también está asociado con un debilitamiento gradual del movimiento ambiental en Checoslovaquia. De manera especialmente interesante, la antigua unión del movimiento, reforzada por la oposición al régimen comunista, se vio gradualmente interrumpida en la sociedad democrática por al menos dos razones fundamentales diferentes. Primero, el activismo ambiental perdió su fuerza al carecer de su antiguo oponente autocrático cuando el recién fundado Partido Verde tuvo que competir con un partido más convencional en ese momento, el *Verejnosť proti násiliu* (Público contra la Violencia), a la vez que ambos partidos daban refugio a los antiguos compañeros y activistas del movimiento ambiental prerrevolucionario (Šuška, 2014, pp. 60, 70). El partido degeneró entonces en una organización marginal que no alcanzaba el umbral para entrar al parlamento. Además, el proceso político establecido alteró el enfoque de los antiguos activistas, que ahora eran políticos y se ocupaban de otros asuntos que no estaban relacionados con la protección ambiental. En el largo plazo, esto provocó el debilitamiento gradual del movimiento ambiental (pp. 68-69).

Además, los temas de protección ambiental estaban en el discurso general, pronto reemplazados por otros asuntos, como la transformación económica y política del país, que en ese momento se percibían como más urgentes (p. 71). Los partidos verdes también desaparecieron en otros países de Europa Central y Oriental poco después del periodo inicial

[5] Como señala Jaggi, algunos incluso sostienen que el art. 20a no iba lo suficientemente lejos ya que está formulado «como una meta constitucional objetiva, no como un derecho individual subjetivo» (Jaggi, 2018, pp. 179-183).

de transformación. En Eslovaquia, el Partido Verde es marginal[6]; en la República Checa o en Hungría, los partidos verdes son relativamente más animados y capaces de alcanzar el umbral mínimo de votos para entrar en los órganos legislativos. Sin embargo, su influencia sigue siendo relativa, especialmente en el clima nacionalista que actualmente predomina en la región[7].

Los distintos contextos históricos explican por qué tantos países de Europa Oriental confiaron en la economía de mercado occidental para resolver los problemas ambientales. En Checoslovaquia, la narrativa vinculaba los problemas ambientales con la crítica y los fracasos del sistema socialista, mientras que la economía de mercado occidental se consideraba generalmente superior. Los activistas ambientales fueron atraídos por la promesa de que, en una democracia, una economía de mercado protegería el ambiente automáticamente (Šuška, 2014, pp. 69-70). Los países de Europa Oriental consideraban que las economías occidentales eran superiores, pensando que resolverían sus problemas ambientales y, por consiguiente, fueron adoptadas bajo impresiones falsas. La asimilación de la antigua República Democrática Alemana (Alemania Oriental) a la República Federal de Alemania (Alemania Occidental) generó gran presión. Además, la situación históricamente menos afortunada de los Estados de Europa del Este presionó hacia cambios estructurales económicos que resultaron perjudiciales para el medio ambiente. Alemania Oriental era más débil económicamente que su contraparte occidental y la presión por alcanzar el mismo nivel

[6] El resultado del Partido Verde Eslovaco (Strana zelených Slovenska) en las últimas elecciones al Parlamento Europeo fue inferior al 1%. [*Elecciones europeas en Eslovaquia*] *Strana zelených Slovenska*. https://www.vysledkyvolieb.sk/euro-volby/strana/218-strana-zelenych-slovenska. Sin embargo, se pueden encontrar candidatos verdes en las listas de los partidos más relevantes.

[7] Si echamos un vistazo a la región post socialista más amplia, que incluye también a los países bálticos, cabe mencionar algunas excepciones a esta tendencia. Por ejemplo, el Partido Verde de Letonia consiguió en 2004 instalar a su representante en el cargo de primer ministro (ver Horvat & Tomašević, 2011, pp. 15-16).

de vida lo antes posible estaba claramente presente. Los procesos de transformación asociados a proyectos industriales y de infraestructura fueron a menudo perjudiciales para el ambiente (Zschiesche, 2015, p. 117).

La introducción de la lógica de mercado en todas las esferas de la sociedad y el escepticismo hacia la regulación se convirtieron en los rasgos determinantes del espectro político progresivo y democrático también en la República de Eslovaquia. Algunos académicos describen la situación de los activistas ambientales en el momento como una forma de esquizofrenia: por un lado, estaban esencialmente alineados con el espectro político progresista, pero, por otro lado, estaban en profundo desacuerdo con respecto a ciertas cuestiones político-económicas (Šuška, 2014, p. 72).

La naturaleza peculiar del activismo ambiental (y civil) formado durante el gobierno totalitario del Partido Comunista, acompañada con la rápida transformación política y económica posrevolucionaria en la que destaca la narrativa de una economía de libre mercado, también condujo a la comprensión confusa del concepto de interés público. Si bien la noción de interés público estaba asociada originalmente a los intereses del Estado, gradualmente se ha ido asociando con las actividades del sector privado. La defensa de actividades de desarrollo en Bratislava, capital de la República de Eslovaquia, por el antiguo ministro de Cultura en 2005-2006, que argumentó por la reducción de la zona de patrimonio cultural en el centro de la ciudad refiriéndose al interés público, es un ejemplo. En su opinión, el interés público estaba representado por las actividades de desarrollo del sector privado que aportaban al desarrollo de la infraestructura de la ciudad (Šuška, 2014, p. 72).

Sin embargo, la transformación de antiguos activistas en políticos también creó vínculos permanentes o temporales entre la sociedad civil y los partidos políticos o las instituciones estatales. Por ejemplo, las disposiciones progresistas sobre el acceso a la justicia en cuestiones ambientales revelan la implementación de propuestas formuladas por

los representantes de la sociedad civil que participaron en los grupos de trabajo que preparaban la ley (Vozár, 2015). El caso del vertedero de Pezinok es un ejemplo genuino de activismo cívico en la República de Eslovaquia y una situación en la que un problema ambiental condujo al surgimiento espontáneo de un compromiso cívico utilizando la presión pública y herramientas legales. A pesar de las protestas del municipio y la población, las autoridades aprobaron la construcción del polémico vertedero a pesar de que no cumplía con los requisitos formales.

Desde 1997, los datos han indicado que los residentes de Pezinok corrían un mayor riesgo de padecer cáncer en comparación con otras zonas del país[8]. El caso presentó una batalla entre el municipio y el público, por un lado, y las autoridades estatales a favor de los empresarios vinculados a los círculos políticos que respaldaban el proyecto del vertedero, por otro. Las medidas legales adoptadas para detener el vertedero fueron acompañadas por una campaña popular que atrajo una cobertura significativa de los medios de comunicación. El caso llegó a la Corte Constitucional y la Corte Suprema. La Corte Suprema remitió el caso a la Corte de Justicia Europea para orientación, que fue proporcionada por la CJE. La Corte Suprema siguió esta orientación y falló a favor del público y del municipio[9]. Este resultado es fruto de la colaboración entre el público interesado, representado por los abogados y las ONG que lucharon por el caso ante las cortes y los ciudadanos que apoyaron la causa políticamente a nivel popular.

Aunque la mayoría de los países de Europa Occidental, Central y Oriental son ahora miembros de la Unión Europea, las diferentes funciones e influencias de los partidos verdes siguen recorriendo la simbólica Cortina de Hierro. Los países de Europa Central y Oriental

[8] El caso Pezinok fue uno de los más importantes casos de participación cívica en Eslovaquia desde la Revolución de Terciopelo, en 1989, cuando se dio la transición del poder en Checoslovaquia.

[9] Juicio del 15 de enero de 2013, *Križan et al. v. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, C-416/10, EU:C:2013:8.

siguen en el proceso de búsqueda de sus identidades políticas. El surgimiento de equivalentes de las fuerzas políticas que se habían formado en las antiguas democracias de Europa Occidental se encuentra con obstáculos específicos de la región en Europa Central y Oriental (Horvat, 2011, pp. 15-16). El Partido Verde de la República Checa es una excepción. En los años 2006-2010, el Partido Verde Checo no solo entró al parlamento, sino que se convirtió en miembro del gobierno de coalición.

4. La Europeización de los partidos verdes

El surgimiento del movimiento ambientalista en la década de 1970, acompañado de los avances a nivel internacional, influyó también en el papel de la Unión Europea en el terreno ambiental. El creciente poder y las competencias de la Unión Europea en ambiente han ido de la mano con la creciente conciencia de su capacidad para ejercer influencia no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional (ver Van Zeben, 2014). Los partidos verdes han estado representados en el Parlamento Europeo desde 1984. En estas primeras elecciones, el dominio del Partido Verde en Alemania se tradujo también en los resultados a nivel del Parlamento Europeo, cuando siete de los once miembros del parlamento verdes procedían de Alemania. Por lo tanto, se puede decir que la transformación del movimiento verde en una fuerza política se produjo no solo a nivel nacional, sino también a nivel supranacional. En el periodo de 1989-1994, es decir, en los años inmediatamente posteriores a la caída de la Cortina de Hierro, los políticos verdes promovieron activamente la profundización de vínculos con las nuevas democracias de Europa Central, que estaba en línea con su política de apoyo a una mayor integración europea. Como mencionamos anteriormente, los diferentes desarrollos históricos y socioeconómicos de países de Europa Central, en comparación con sus contrapartes de Europa Occidental, significó que la política verde se enfrentaba al reto

de establecerse y ganar apoyo en la región. Esta característica puede observarse también en las elecciones del Parlamento Europeo de 2004 y 2009, en las que los partidos verdes no consiguieron ningún escaño en los nuevos Estados Miembros.

Teniendo en cuenta que, según las estimaciones, aproximadamente de 50 a 80% de las legislaciones nacionales de los Estados Miembros son elaboradas por la Unión Europea, su impacto podría ser incluso más significativo que en los parlamentos nacionales (Miller, 2010). La legislación europea en cuestiones ambientales se basa en la idea de armonización mínima, que deja a los Estados Miembros la libertad para adoptar leyes más estrictas trascendiendo la protección proporcionada por legislación de la Unión Europea (Van Zeben, 2014, pp. 428-429). La Comisión Europea tiene un fuerte mandato a la hora de proponer legislación ambiental[10].

No obstante, aunque el Parlamento Europeo no es comparable con los órganos legislativos a nivel nacional, que suelen tener competencias legislativas exclusivas, el Parlamento Europeo desempeña un papel importante en la legislación de la UE. Su papel se ha reforzado gradualmente en el transcurso de los últimos treinta años, culminando con el Tratado de Lisboa en 2009 (Shackleton, 2017, pp. 191-192). Como órgano que representa los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea, comparte sus competencias legislativas con el Consejo de la Unión Europea, representando los intereses de los Estados Miembros de la UE (p. 195). De hecho, el Parlamento Europeo fue el único órgano en el marco institucional de la Unión Europea que pudo realzar su impacto en la planificación ambiental tras los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa (Van Zeben, 2014, p. 430). La posición fortalecida del Parlamento Europeo va junto al papel reforzado de los partidos políticos en el proceso normativo dentro de la Unión Europea. La relación entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea se asemeja a la relación

[10] *Environment: Basics.* https://ec.europa.eu/environment/basics/home_en.htm

entre el gobierno y el órgano legislativo a nivel nacional, en la que el gobierno depende del apoyo del Legislativo y el Legislativo promueve el programa del gobierno (Shakleton, 2017, p. 198). Por lo tanto, cuando hay suficiente apoyo a la agenda verde en el Parlamento Europeo, hay una buena posibilidad de que se apruebe la legislación propuesta por la Comisión Europea. Aunque suele ser el caso, el consenso es el resultado de la negociación y el regateo entre los principales grupos políticos del Parlamento Europeo, ninguno de los cuales tiene un papel dominante (p. 191).

El proceso de integración europea también ha influenciado en los partidos verdes nacionales de los Estados Miembros europeos, que compiten en las elecciones europeas no solo por cuenta propia, sino también están unidos bajo la bandera del Partido Verde Europeo. Cuando son elegidos al Parlamento Europeo, los miembros del Partido Verde Europeo son activos en el grupo político de los Verdes/ALE en el Parlamento Europeo[11]. De este modo, los Verdes europeos tienen una gran oportunidad de influenciar en la legislación de la UE (Horvat, 2011, pp. 15, 17).

Se podría concluir que el movimiento ambientalista, especialmente en los países de Europa Occidental, surgió entre la clase media de sociedades relativamente acomodadas, que ya habían alcanzado un cierto nivel de desarrollo económico. Aunque los países de Europa Central y Oriental eran considerablemente más pobres bajo el liderazgo de los partidos comunistas y en los primeros años de la transición democrática en comparación con sus contrapartes de Europa Occidental, el nivel de vida, por ejemplo, en Checoslovaquia, era relativamente decente[12].

[11] Los Verdes, junto con miembros de la Alianza Libre Europea, uniendo a regionalistas y nacionalistas democráticos, formaron el grupo político los Verdes/ALE en 1999. *About Greens / EFA*. https://www.greens-efa.eu/en/our-group/about-greens-efa/

[12] *The Czechs and Their Communism, Past and Present*. https://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/vol-xvii/muriel-blaive/

5. Políticas verdes en el Sur global: justicia ambiental en Etiopía y la India

En los países del Sur global, como Etiopía, es posible identificar una tensión entre objetivos relacionados con el desarrollo y la protección ambiental, que se manifiesta tanto en el ámbito jurídico como en el político. En Etiopía se pueden observar los esfuerzos por conciliar estos objetivos bajo el ámbito del principio de desarrollo sostenible en el artículo 43 de la Constitución[13], que establece que «los pueblos de Etiopía en su conjunto, y cada nación, nacionalidad y pueblo de Etiopía en particular, tienen derecho a mejores condiciones de vida y al desarrollo sostenible». Además, establece, entre otras cosas, que «los Nacionales tienen derecho a participar en el desarrollo nacional y, en particular, a ser consultados con respecto a las políticas y proyectos que afectan a su comunidad».

También es posible identificar la tensión entre políticas de derechos humanos y las de protección del medio ambiente y la vida silvestre. En Etiopía, como veremos en el capítulo 7 sobre el tema de participación pública, el activismo ambiental está en su fase inicial. La población, golpeado por la pobreza, se preocupa más por satisfacer sus necesidades económicas. Aunque existen algunas ONG ambientales, se preocupan más por las cuestiones de sensibilización. Los medios de comunicación existentes también están preocupados en promover cuestiones de desarrollo. El activismo ambiental se ha considerado durante mucho tiempo como una prerrogativa de aquellos cuyo nivel de vida les permite preocuparse de asuntos que van más allá del alcance de satisfacer sus necesidades económicas y sociales. El ecologismo de los pobres, junto con el legado único de Gandhi de la *satyagraha* y los avances en el campo

[13] Art. 43 de la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et007en.pdf. Sin embargo, es oportuno señalar que el desarrollo sostenible ha sido criticado por ser ambiguo e inadecuado en la forma en que intenta conciliar intereses que a veces son conflictivos.

del derecho ambiental internacional tras la adopción de la Declaración de Estocolmo en 1972, determinaron de manera significativa el derecho y la política ambiental de la India, aunque se consideraba que los pobres eran «demasiado pobres para ser verdes» (Chopra, 2017, p. 40). El abogado en ejercicio y defensor de los derechos humanos Kranti L.C., que es el director ejecutivo de la Red de Leyes de los Derechos Humanos y abogado de la Corte Superior de Bombay, sostiene que los intereses del derecho ambiental público suelen estar en conflicto con los derechos humanos[14]. Al menos históricamente, han habido excepciones a esta postura, la más destacada fue el movimiento Chipko[15], llamado por algunos un ejemplo del ambientalismo de los pobres[16] y una excepción a la tensión (Chopra, 2017, p. 40).

El movimiento *Chipko* (abrazadores de árboles) surgió en 1973 cuando el departamento forestal de Garhwal Himalayas asignó fresnos, supuestamente para la tala, a una empresa privada. Como reacción a ello, la organización cooperativa local *Dasholi Gram Swarajya Sangha* (Sociedad Dasholi para el Autogobierno del Pueblo) quemó depósitos de resina y madera. Cuando estas medidas no consiguieron detener la tala de árboles, los pobladores, por iniciativa de su líder, Chandi Prasad Bhatt, empezaron a abrazar los árboles del bosque para evitar su tala (pp. 39-40). El movimiento Chipko se extendió rápidamente distintas partes de la India, desde Uttar Pradesh hasta Himachal Pradesh en el

[14] Entrevista con Kranti LC, Abogado, Tribunal Supremo de Bombay, director ejecutivo de Human Rights Law Network, 14 de marzo de 2019. Notas en el archivo de Kirk W. Junker.

[15] La palabra *chipko* significa «abrazar» en hindi. Una canción popular de Raturi se refería supuestamente también a abrazarse a los árboles como método para protegerlos de la tala (ver Shiva, Vandana & Bandyopadhyay, 1986, pp. 133, 137).

[16] El ecologismo de los pobres podría entenderse como un movimiento que vincula las preocupaciones de justicia social con la sostenibilidad. Las cuestiones ambientales son percibidas a través del lente de las comunidades locales desfavorecidas y el impacto del uso de los recursos en el ambiente natural y sus medios de vida. Ver Poonia, 2016, pp. 837, 838.

norte, Karnataka en el sur, Rajastán en el oeste, Bihar en el este y el centro del país (Shiva & Bandyopadhyay, 1986, pp. 133, 136). Gradualmente, se convirtió en un movimiento representativo de un gran número de conflictos ambientales en las décadas de 1970 y 1980, desde conflictos por los bosques, los peces, los pastizales y las presas de agua, hasta problemas relacionados con la minería informal (Poonia, 2016, p. 840). En 1987, el movimiento Chipko fue galardonado con el premio Right Livelihood (2016, p. 838). La fundación que lo concedió señaló que el movimiento contribuyó a la decisión de la entonces primera ministra Indira Gandhi (p. 838) de ordenar una prohibición de quince años a la tala de los bosques del Himalaya en 1980, que posteriormente se implementó en los estados de Himachal Pradesh y Uttaranchal[17]. Aunque el movimiento Chipko no se transformó en un partido político, fue capaz aun así de dar forma a la política y tener un impacto duradero gracias a la influencia sobre políticos receptivos a las cuestiones ambientales y sociales y dispuestos a adoptar algunos de los objetivos del movimiento como propios[18].

En 1989, el movimiento Chipko centró su atención también en los peligros generados por las presas en la región del Himalaya con una serie de huelgas de hambre, que condujeron al movimiento Salvar al Himalaya. Esta táctica fue aplicada por Sunderlal Bahuguna, uno de los líderes del movimiento Chipko y filósofo y activista seguidor de Gandhi, de nuevo en 1995 contra el proyecto de la presa de Tehri (Shiva & Bandyopadhyay, 1986, pp. 133-142)[19]. Como resultado, la primera ministra se comprometió personalmente a realizar una revisión de la

[17] En 2004, se levantó la prohibición en Himachal Pradesh a pesar de las protestas iniciadas por el movimiento Chipko. The Chipko Movement. The Right Livelihood Award. https://www.rightlivelihoodaward.org/laureates/the-chipko-movement/

[18] Indira Gandhi, que simpatizaba con las causas por las que luchaba el movimiento Chipko, podría considerarse, con razón, una líder política que enraizó la concienciación ambiental fundamental en las leyes y políticas de la India. Ver Rangarajan, 2006, pp. 50-64.

[19] No es una coincidencia que las políticas de Gandhi estuvieran entrelazadas con el derecho, dado que él mismo había sido un abogado en ejercicio. Ver DiSalvo, Charles

presa. En los años posteriores, Bahuguna continuó presionando por cuestiones ambientales, desde el retroceso de los glaciares del Himalaya hasta la escasez de agua y el reclamo por una mayor protección de los bosques.

Como mencionamos anteriormente, similares a los movimientos ambientales en el Occidente, el movimiento Chipko no se refería únicamente a los problemas ambientales, sino que asociaba un conjunto de cuestiones interrelacionadas. Aparte de la perspectiva general de justicia social, que veía el ambiente y los recursos forestales como un requisito previo para la supervivencia humana, el movimiento Chipko también podría considerarse en el contexto del empoderamiento de mujeres y el ecofeminismo en la India. Es interesante constatar que los autores que escriben sobre el movimiento Chipko concluyen en gran medida que las mujeres de las colinas y los bosques fueron una de las principales fuerzas impulsoras del movimiento al abrazar y proteger los árboles con sus propios cuerpos (Poonia, 2017, p. 838)[20]. Inicialmente, el movimiento Chipko estaba formado en su mayoría por hombres, pero era naturalmente atractivo para las mujeres. Muchas de ellas eran víctimas de deslizamientos e inundaciones en la región de Garhwal y eran las que más habían sufrido de catástrofes ambientales o eran responsables de los cultivos, el ganado y los niños. Debido a diversos factores, como

R. M.K. *Gandhi, Attorney at Law the Man before the Mahatma*. University of California Press, 2013.

[20] Algunos autores, como Jayanta Bandyopadhyay, destacan que el movimiento Chipko no se basó en conflictos de género, sino que podría considerarse más bien como un movimiento en el que prevaleció la noción de igualdad, y en el que las mujeres desempeñaron papeles tan significativos como los de sus contrapartes masculinos. No se puede concluir de forma inequívoca que las mujeres actuaron como opositoras al cambio y portadoras de las tradiciones, mientras que los hombres actuaron como agentes del cambio económico y el desarrollo. Además, Bandyopadhyay también menciona, contrario a otras fuentes, que en realidad solo se registró un caso denunciado de uso del método de abrazar árboles por un activista masculino en 1977 y, en la mayoría de los casos, se aplicaron otras formas de resistencia no violenta (ver Bandyopadhyay, 1999, pp. 880-882).

la migración de los hombres por motivos de trabajo, las mujeres de estas zonas eran conscientes de la importancia de la autosuficiencia. Basándose en sus experiencias, fueron capaces de relacionar los problemas ambientales con cuestiones sociales y económicas. Como se informó, en algunos casos se suscitó un desacuerdo sobre las prioridades y el curso del desarrollo en el pueblo entre los hombres y las mujeres. Mientras que las mujeres argumentaban por la protección de los árboles, por ejemplo, los hombres del pueblo sacrificarían los árboles por la infraestructura (Jain, 1984).

El movimiento Chipko no fue un episodio único en la historia de las luchas ambientales en la India. El primer ejemplo concierne un proyecto de construcción de una presa en la zona del Valle del Silencio en la década de 1970. La zona designada para el proyecto, que abarcaba unos 89,52 km^2 con una rica flora y fauna en la remota región del estado de Kerala, desencadenó una fuerte oposición vocal de los activistas ambientales. Si bien el movimiento Chipko puede considerarse tanto un movimiento ambiental como social, el caso del Valle del Silencio atrajo la atención casi exclusivamente de la comunidad de ambientalistas. La zona en cuestión era única por su supuesta «historia evolucionaria ininterrumpida de casi cincuenta millones de años» (Chopra, 2017, p. 38). Los argumentos científicos presentados por naturalistas indios, con el apoyo de científicos europeos, en la revista de la Sociedad de Historia Natural de Bombay, junto con medidas de base adoptadas por ONGs enfocadas en la sensibilización ambiental, como la Kerala Sastra Sahitya Parishad, provocaron una reacción estatal. El grupo de trabajo auspiciado por el Consejo Nacional de Planificación y Conservación del Medio Ambiente realizó un estudio sobre los impactos ecológicos y ambientales en la zona pertinente y recomendó que no se iniciara el proyecto de la represa. Por consiguiente, esta opinión fue adoptada también por el gobierno de Kerala. A pesar de la resistencia inicial (que se prolongó durante varios años) del gobierno central a abandonar el proyecto de la presa, el proyecto se detuvo finalmente en 1983. El caso

del Valle del Silencio representa el ejemplo más notable de un proyecto importante sancionado y promovido por el gobierno que posteriormente fue abandonado por motivos ecológicos (pp. 38-39). Dentro de los sistemas políticos de partidos, los ciudadanos pueden interactuar indirectamente con la ley al votar por los legisladores. Pero la política también puede significar estar en desacuerdo con el sistema político existente, e incluso luchar contra él. En esta segunda categoría, es difícil evaluar si la política ciudadana tiene un impacto legal, pero en los dos ejemplos de Chipko presentados anteriormente, los primeros ministros declararon explícitamente que estaban respondiendo a los ciudadanos aplicando una herramienta legal en su nombre.

Otro ejemplo de la politización de las cuestiones de derecho ambiental en la India es el caso de Vedanta, en Orissa, en el que un proyecto minero amenazaba con poner en peligro la vida de las comunidades locales y destruir un importante hábitat de vida silvestre en la zona. El Ministerio de Medio Ambiente y Bosques denegó la aprobación del proyecto por considerar que no cumplía con la legislación ambiental. Un alto dirigente del partido de gobierno gobernante en el estado aseguró a la población tribal local su apoyo, ya que se consideraba como su representante (*sepoy*), pero el gobierno elegido en las siguientes elecciones, en 2014, adoptó una postura más favorable a la industria. Contrarios a los anteriores movimientos ambientales, que se originaron principalmente en la década de 1970, la población local y los activistas pudieron apoyarse también en el marco jurídico internacional aplicado por el poder judicial de la India (Chopra, 2017, pp. 41-42). El Tribunal Supremo ordenó un referéndum ambiental en la zona sobre la cuestión de obtener un consentimiento informado previo al proyecto, de las comunidades locales, como se exige también en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El proyecto fue rechazado en el referéndum.

6. Conclusiones

Los matices de la interacción entre el derecho y la política son tan diversos como las culturas jurídicas de todo el mundo. Es posible observar las diferencias incluso entre los países del Norte global, que fueron formados por desarrollos históricos y políticos profundamente diferentes tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Tras la caída de la Cortina de Hierro y la posterior adhesión de gran parte de los países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea, se ha podido observar un proceso de convergencia entre los países de Europa Occidental y sus contrapartes de Europa Central y Oriental. Sin embargo, las identidades políticas de estos países siguen siendo diferentes hasta cierto punto. Esto tal vez se podría observar con el ejemplo de los Partidos Verdes y la pertinencia de los temas verdes para los partidos políticos mayoritarios en los países de Europa Occidental, por un lado, y en los países de Europa Central y Oriental, por otro. Sin embargo, gracias a su adhesión a la Unión Europea, la legislación de la Unión Europea en materia ambiental influye también de forma significativa en la legislación y, como efecto secundario, en el discurso político a niveles nacionales. Con respecto a los movimientos ambientales y el compromiso cívico en los países de Europa Occidental y los países de Europa Central y Oriental, el denominador común podría verse en el hecho de que está impulsado principalmente por la clase media. Esto lo distingue de la situación en los países del Sur global. Como se ha mostrado en el ejemplo de la India anteriormente en el texto, la aparición de movimientos ambientales estuvo muy a menudo inextricablemente ligada a graves violaciones de los derechos humanos.

Estas diversas historias de interacción entre la política verde, representada ya sea por los partidos políticos o los movimientos ambientales y sociales, por un lado, y el derecho ambiental, por otro, apoyan la afirmación de Curran de que el derecho no es un asunto aislado, sino que está enredado en la red de relaciones sociales, históricas y políticas complejas e interrelacionadas. Por lo tanto, al leer el texto

de las leyes ambientales o decisiones judiciales, es prudente ser consciente de que puede haber una historia detrás de ellas. Las leyes suelen ser una reacción a determinados desarrollos sociales. Los relatos de las luchas políticas, históricas y, frecuentemente, personales, proporcionan un valioso contexto para la comprensión de leyes y la cultura en la que están integradas.

Cuarta parte
LEGISLACIÓN AMBIENTAL: SUJETOS, APLICACIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Capítulo 7
Participación pública

Mrinalini Shinde, Tsegai Berhane Ghebretekle,
Moritz Röhrs y Kirk W. Junker

1. Participación pública en el derecho ambiental

Los abogados pueden llegar a verse tan imbuidos con el derecho como su área de especial interés, que perdemos de vista el hecho de que, a diferencia quizás de otras áreas especializadas del estudio y la práctica humana, el derecho es para todos los ciudadanos. En este capítulo comparamos cómo, cuándo y por qué los ciudadanos pueden participar directamente en diversas culturas jurídicas cuando se trata de sus intereses ambientales. ¿Cuál es la función del ciudadano en el derecho ambiental público? Como se ha tratado en el capítulo 4, los litigios son una de las principales vías para facilitar la participación del ciudadano en el derecho ambiental. Visto con optimismo, la participación pública eficaz funciona para involucrar al no jurista en el proceso legal. Con demasiada frecuencia, cuando se pregunta cuál es el rol legal del público, la respuesta se limita a la votación de los representantes políticos, como se comentó en el capítulo 6. Las funciones legales son más directas e incluyen comentarios sobre la legislación propuesta, la regulación administrativa o las solicitudes de permisos; las audiencias públicas sobre legislación, la regulación administrativa o las solicitudes de permisos; y el acceso a

la información del gobierno sobre solicitudes de permisos y su revisión (véase el capítulo 3). La participación pública también puede incluir la revisión de registros de cumplimiento del gobierno para varios actores ambientales, tanto individuales como corporativos, para establecer evidencia del cumplimiento y la eficacia de acciones del gobierno para lograr lo mismo. Además, la participación pública puede incluir al ciudadano, en lugar del legislador o el regulador, en la toma de decisiones legalmente vinculantes. Y, por último, si surge un litigio, ¿tiene el público la oportunidad de juzgar el caso, actuar como asesores o testigos de las partes, o emprender acciones en su propio nombre colectivo, como «el público»? Todos estos, y no el voto político, son roles de participación pública en el derecho ambiental. Las investigaciones científicas sociales más sutiles también pueden incluir la determinación de la existencia y nivel de confianza del público en su gobierno para promulgar y aplicar leyes y reglamentos ambientales, así como la emisión de permisos y la ejecución de cualquiera de ellos. Las ciencias sociales también pueden investigar hasta qué punto el público acepta las normas anunciadas en diversos instrumentos jurídicos. Muchos ciudadanos de diversas culturas pueden identificar en sus culturas leyes y reglamentos bien redactados que nunca se hacen cumplir. Los infractores lo saben y las víctimas ambientales también. ¿Cuál es entonces la función de la participación pública en el derecho ambiental?

Para focalizar estos potenciales problemas, este capítulo compara la interacción entre el público en el proceso de litigio ambiental a lo largo de tres culturas: demandas ciudadanas en Estados Unidos y litigios de interés público en India y Etiopía. Estas jurisdicciones permiten comparaciones notables, ya que, en el caso de los Estados Unidos, el sistema jurídico está arraigado en la tradición del derecho consuetudinario británico, con un precedente judicial vinculante, mientras la India y Etiopía tienen sistemas mixtos que incluyen el derecho común, el derecho civil y el derecho consuetudinario local. Además, todos estos países han estado al tanto de las injusticias históricas y persistentes infligidas a los pueblos indígenas y

grupos socioeconómicos más vulnerables en relación con el agua potable, haciendo que los litigios impulsados por los ciudadanos sean importantes desde una perspectiva ambiental, sanitaria y social. Las diferencias en el tamaño de sus economías y sus ubicaciones geográficas en América del Norte, África y Asia nos permiten examinar de qué manera, diferente o similar, los factores económicos y las motivaciones afectan a la conservación ambiental. Además, Alemania ofrece un ejemplo de participación ciudadana directa en la toma de decisiones municipales. El referéndum ciudadano representa un medio común cada vez mayor para implementar la protección climática a nivel local en muchos *Länder* (estados) alemanes.

La comparación entre demandas ciudadanas y litigios de interés público es de importancia porque ambas se encuentran de lleno en la esfera judicial, lo que proporciona una oportunidad para que el poder judicial evalúe una situación sobre méritos y disposiciones legales relevantes, teóricamente independiente de la influencia política. En Estados Unidos y en la India los contaminadores industriales han sido contribuyentes significativos a las campañas electorales, difuminando la línea entre la industria y el Estado y, en consecuencia, entre los órganos reguladores y los contaminadores (Goldenberg & Bengtsson, 2016)[1]. La independencia del poder judicial es vital para aclarar estas líneas difusas y permitir justicia ambiental para el público.

Como se ha mencionado en el capítulo 3, las acciones por daños ambientales se han trasladado al estado para reequilibrar el poder legal

[1] Sterlite: Vedanta Smelter in India Fined 1bn Rupees for Pollution. *BBC News*, 2 de abril de 2013. https://www.bbc.com/news/world-asia-india-21999901; BJP, Congress Accepted Foreign Funding Too, Vedanta Top Donor. *Firstpost*, 20 de diciembre de 2014. https://www.firstpost.com/business/bjp-congress-accepted-foreign-funding-too-vedanta-top-donor-1330877.html

«Las noticias revelan cómo el mayor donante de la campaña electoral del actual Gobierno Central de la India también se ha visto implicado en casos de contaminación del agua y ha tenido que hacer frente a importantes daños».

entre los causantes del daño y los que han sido perjudicados. Una vez realizado este cambio, aunque muchas culturas mantienen la capacidad legal de los individuos perjudicados para emprender acciones contra las grandes industrias o el Estado, los individuos suelen confiar en el Estado para que actúe en su favor. ¿Pero qué pasaría si el Estado no lo hiciera? En estos casos, el Estado no ha cumplido su función de ejecución en el derecho público. En estos casos, incluso en el ámbito del derecho público, el individuo debe tener algún recurso directamente contra las personas que causan el daño, el funcionario del Estado que no hizo cumplir la ley, o ambos. En el capítulo 4 mencionamos que en China los ciudadanos pueden emprender acciones legales contra el funcionario estatal que no hace cumplir la ley. En comparación, en Estados Unidos varios estados devuelven al ciudadano la facultad de enjuiciar directamente al actor causante del daño en virtud de la ley de derecho público cuando el Estado no lo cumple.

2. Litigios de interés público en la India

En la India, los litigios de interés público han sido un mecanismo de litigio introducido por el poder judicial y no por el legislativo. Este litigio puede ser atendido por la Corte Suprema (Constitución de la India, art. 32) o las cortes superiores (art. 226) mediante una petición escrita, ya que, según la Constitución de India, las Cortes Superiores y la Corte Suprema pueden ejercer la jurisdicción original y atender los casos en primera instancia (Shinde, 2018). La Corte Suprema ha emitido directrices mediante las cuales las peticiones relativas a la contaminación ambiental están incluidas entre las *peticiones* elegibles para ser atendidas como litigios de interés público (Shinde, 2018)[2]. Estos litigios se combinan con la jurisdicción epistolar, en la que los jueces pueden actuar

[2] Corte Suprema de la India, *Compilation of Guidelines to be Followed for Entertaining Letters/Petitions Received in this Court as Public Interest Litigation*, https://supremecourtofindia.nic.in/circular/guidelines/pilguidelines.pdf

en caso *suo moto* de que una causa sea puesta en su conocimiento a través de una simple carta, con el fin de minimizar las dificultades procesales y financieras a las que se enfrenta el público más pobre a la hora de acudir a los tribunales[3].

El alcance del litigio de interés público se construyó sobre la expansión del *locus standi*, con la Corte Suprema en un asunto relacionado con transferencias judiciales[4], que decidió que los abogados que demostraban un interés en el mantenimiento de un poder judicial independiente eran partes interesadas, que tenían *locus standi* para presentar la petición, independientemente de que fueran partes directamente afectadas (Shinde, 2018). El tribunal prosiguió a establecer que

> un miembro del público que tenga interés suficiente puede mantener una acción de reparación judicial por un daño público derivado del incumplimiento de alguna disposición de la Constitución o la ley y buscar el cumplimiento de dicha obligación pública y la observación de dicha disposición constitucional o legal.

En decisiones subsiguientes, la Corte Suprema sostuvo que los litigios de interés público desempeñan un papel importante al asegurar la auditoría social[5]. En el caso *L.K. Koolwal v. State of Rajasthan*[6], la Corte Superior de Rajasthan, al dar instrucciones para mejorar el saneamiento en la ciudad de Jaipur, explicó que el artículo 51A(g), donde se indica que la protección ambiental es un deber fundamental de los ciudadanos, otorga a los ciudadanos el derecho a dirigirse a las cortes para cumplir con ese deber. En el caso *Subhash Kumar v. Estado de Bihar*[7], la Corte Suprema pasó a incluir el *derecho a disfrutar de agua y aire libres de contaminación* como parte del derecho a la vida en virtud del artículo 21.

---

[3] *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, 1984 AIR 802.

[4] *S.P. Gupta v. Union of India*, 1982, 2 S.C.R. 365.

[5] *Fertilizer Corporation Kamgar Union y Ors. v. Union of India y Ors*. 1981 AIR 344.

[6] AIR 1988 Raj 2.

[7] AIR 1991 SC 420.

Posteriormente, el derecho al agua potable se incluyó explícitamente como parte del artículo 21 en *A.P. Pollution Control Board II v. M V Nayudu*[8].

La naturaleza evolutiva de los litigios de interés público ha dado lugar a un fenómeno que podría describirse como «objetivos vivos». Los límites y el alcance de lo que se pretende lograr se determinan en función de los hechos ante la Corte, al mismo tiempo que se defienden los derechos constitucionales y fundamentales y se garantiza el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, independientemente de su capacidad económica para interponer demandas. El derecho al agua limpia y el derecho al agua potable se han convertido en ley a través de los precedentes y, por lo tanto, los objetivos que persigue la Ley de Aguas son indirectamente también objetivos que se pretenden alcanzar con el litigio de interés público.

La consecuencia de otorgar la función de protección ambiental al poder judicial a través de estos litios también puede ser problemática. Cuando la corte funciona como un organismo casi administrativo, hay una incapacidad para garantizar la aplicación directa sobre el terreno, después de que se haya dictado la sentencia y las instrucciones. Una vez dictada la sentencia, la responsabilidad se traslada a los órganos administrativos, como la Central Pollution Control Board, para su implementación. En varias ocasiones, parece que ha surgido una disparidad entre lo que la sentencia pretende conseguir y las motivaciones de las agencias para ejecutarla. De hecho, existe la posibilidad de que las agencias presenten una petición de desacato contra los morosos por incumplimiento, pero rara vez se ejecuta.

Por ejemplo, datos de los registros de la Corte Superior de Andhra Pradesh entre 1990 y 1999 (Prasad, 2004, pp. 257, 263) revelan que en todos los litigios de interés público ambientales (196 en total) y despachados por esta Corte, 43 eran casos relacionados con el agua (una cantidad de casos limitados al agua y los que incluyen tanto el aire como

[8] 2001, 2 S.C.C. 62, 257.

el agua) en los que la decisión fue a favor del demandante; cuatro eran casos relacionados con el agua donde la demanda fue retirada; cuatro eran casos relacionados con el agua en los que la denuncia se hizo a favor del demandado; y once eran casos desestimados por motivos técnicos. Se entiende que una decisión en litigios de interés público a favor de un demandante que ha interpuesto la demanda en el interés público es, en consecuencia, también de interés público. Sin embargo, lo opuesto también debe ser cierto, ya que el precedente y la interpretación legislativa dictaminan que una decisión a favor del demandado también es de interés público. La razón es que la Corte ha sido convencida de que el interés público estaba mejor atendido desestimando la petición. Similar al cálculo realizado para los Estados Unidos como comparación de tipo I, es apropiado juzgar la capacidad del mecanismo del litigio de interés público para hacer cumplir la ley a través del número de resultados de las decisiones, en lugar de solamente resultados a favor del demandante. Por lo tanto, de los 62 litigios de interés público ambientales relacionados con el agua, 47 se decidieron a favor del demandante o demandado, sin ser retirados o rechazados por motivos técnicos, lo que significa un 75,8% de éxito en su capacidad para hacer cumplir los estándares de calidad del agua.

En respuesta a un informe de los medios de comunicación sobre la contaminación del río Yamuna, en 1994 se interpuso una acción intitulada *In Re: News Item Published in Hindustan Times Titled 'And Quiet Flows the Maily Yamuna*[9]. La demanda implicó la expedición de varias órdenes interinas que proporcionaban instrucciones a las autoridades responsables para controlar y prevenir la contaminación (Shinde, 2018). Los estándares de calidad del agua en una fuente potable establecidos por la Junta Central de Control de la Contaminación, la máxima autoridad central responsable de vigilar y garantizar los estándares de calidad del agua, incluyen varios criterios. Una de las normas exige que las fuentes

[9] W.P. (Civil) No. 725 OF 1994, Corte Suprema de India.

de agua potable sin tratamiento convencional, pero con una desinfección tengan un nivel máximo de DBO de 2 mg/litro. La DBO es la demanda biológica de oxígeno: el oxígeno utilizado por los organismos vivos dentro del agua; una mayor demanda indica la presencia de contaminantes como los nitratos y las materias orgánicas (Misra, 2010, pp. 489, 492). Investigaciones realizadas por Misra revelaron que los niveles de DBO en el río Yamuna en 2009 tenían un nivel máximo de DBO de 51 mg/litro en la zona de Palla en Nueva Delhi. Investigaciones realizadas por Parmar y Singh mostraron que los niveles de DBO en Nueva Delhi alcanzaron un máximo de 58,2 mg/litro en 2014 (Parmar, 2015, pp. 662, 665). Malik y otros sostienen que entre 1980 (antes de establecerse los litigios de interés público en 1994) y 2005 (más de una década después de que se viera el caso por primera vez) hubo un aumento de 2,5 veces en los niveles de DBO (Malik, 2014, pp. 856, 858). Un aumento de 250% en niveles de DBO a lo largo de un periodo de tiempo en el que aproximadamente se instituyó el caso, es evidencia de una tendencia preocupantemente negativa en la aplicación de estándares por los litigios de interés público como una herramienta.

3. Litigios de interés público en Etiopía

El derecho ambiental fundamental incluido en la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía (CRDFE) es el derecho a un ambiente sano y limpio. El derecho a un ambiente sano y limpio forma parte de los derechos democráticos contemplados en la Constitución[10]. Se espera que este derecho sea ejercido por personas que interpongan acciones legales en virtud del artículo 37 de la Constitución, que aborda el acceso a la justicia, y a través de otras leyes subsidiarias como la

[10] CRDFE, 1995. Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía, Proclama No. 1/1987, *Federal Negarit Gazeta*, *1*(1), Addis Abeba, art. 44.

Proclama de Control de la Contaminación[11], la Proclama de Evaluación del Impacto Ambiental y la Proclama de Gestión de Residuos Sólidos[12]. Las proclamaciones en Etiopía funcionan como legislación.

Sin embargo, la Proclama de Control de la Contaminación, que tiene el peso de una ley, es uno de los principales instrumentos que tienen como objetivo salvaguardar el derecho a un ambiente limpio y saludable. Al igual que la Constitución de la India, la Proclama declara en su preámbulo que «la protección ambiental, en general, y la salvaguarda de la salud y el bienestar humano, así como el mantenimiento de la biota y el valor estético de la naturaleza, son el deber y la responsabilidad de todos». Es en esta proclama donde se permiten expresamente los litigios de interés público.

En Etiopía, el concepto de litigio de interés público surgió de la interpretación acumulativa de los artículos 37 y 9 (2) de la Constitución. El artículo 37 establece que «toda persona tiene derecho a recurrir con un asunto justiciable y obtener una sentencia o un fallo, de un tribunal judicial o cualquier otro órgano competente con poder judicial», y «la decisión o sentencia a la que se hace referencia en el subartículo 1 del presente artículo también podrá ser solicitada por: (a) cualquier asociación que represente el interés colectivo o individual de sus miembros; o (b) cualquier grupo o persona que sea miembro o represente a un grupo con intereses similares».

El artículo 9(2) de la Constitución dice: «Todos los ciudadanos, órganos del Estado, organizaciones políticas y otras asociaciones, así como sus funcionarios, tienen el deber de garantizar la observancia de la Constitución y de acatarla». El artículo 37(1) de la Constitución establece el derecho de acceso a la justicia para todos, a través de la cual

[11] CRDFE, 2002. Ley de Control de Contaminación Ambiental (EPCP), No. 300/2002, *Federal Negarit Gazeta*, *9*(12), Addis Abeba.

[12] Ley de Evaluación de Impacto Ambiental No. 299/2002, *Federal Negarit Gazeta*, *5*(11), Addis Abeba; y CRDFE, 2007. Proclama del Manejo de Residuos Sólidos No. 513/2007, *Federal Negarit Gazeta*, *13*(13), Addis Abeba.

toda persona puede presentar un asunto justiciable ante un tribunal de justicia y obtener una decisión o sentencia. En particular, el artículo 37(2) (b) faculta a cualquier persona (sea natural o jurídica) a interponer una acción en representación de un grupo con intereses similares. En esta disposición, los grupos que han de estar representados podrían ser residentes de una zona determinada que se vean afectados por un desastre ambiental. El razonamiento es que el grupo afectado no pueda actuar en su propio interés debido a la falta de capacidad financiera u otras limitaciones. Por lo tanto, la disposición constitucional permite a la persona o grupo de personas afectadas ser representadas en los tribunales de justicia y, en consecuencia, buscar reparaciones.

Como se ha indicado anteriormente, en la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, a diferencia del Código de Procedimiento Civil[13], no se requiere de intereses creados para iniciar un caso. Establece claramente que «cualquier persona tendrá, sin necesidad de demostrar un interés creado, el derecho a formular una denuncia ante la autoridad o la agencia regional ambiental pertinente contra cualquier persona que presuntamente cause un daño ambiental real o potencial», y «cuando la Autoridad o la agencia regional ambiental no se pronuncie en un plazo de treinta días o cuando la persona que haya presentado la denuncia no esté satisfecha con la decisión, podrá interponer una causa judicial en un plazo de sesenta días a partir de la fecha en que se dictó la decisión o haya transcurrido el plazo de decisión»[14].

De la lectura de la disposición se deduce que cualquier persona, natural o jurídica, puede interponer una denuncia ante la autoridad[15]

[13] Código de Procedimientos Civiles del Imperio de Etiopía (1965). Decreto No. 52, *Federal Negarit Gazeta,* edición extraordinaria, 3, art. 33, Addis Abeba, 8 de octubre de 1965.

[14] Proclama de Control de la Contaminación, art. 11.

[15] Recientemente, el organismo regulador ambiental a nivel federal se ha establecido como Comisión para el Ambiente, Bosques y Cambio Climático. Sin embargo, cuando rastreamos su génesis, primero se estableció como Ministerio, luego fue degradado a

o el órgano regional ambiental pertinente[16] antes de iniciar un proceso judicial. Por lo tanto, el agotamiento de recursos forma parte de la propia disposición. El concepto de «agotamiento de recursos» se introdujo con la idea de que, a diferencia de los tribunales ordinarios, los órganos reguladores ambientales a nivel federal o regional son técnicamente capaces de evaluar los daños y tomar medidas inmediatas. Sin embargo, para que esta disposición sea realmente eficaz, es necesario codificar aún más su procedimiento. Además, la disposición de la proclama de control de la contaminación debe aplicarse también a otros asuntos ambientales graves. El litigio de interés público debe ir acompañado de la integración de la protección ambiental en la interpretación judicial de las leyes procesales y sustantivas, en línea con el Plan Quinquenal de Crecimiento y Transformación[17]. El plan también promete promover la sensibilización del público sobre los derechos constitucionales.

El caso de *APAP v. AFPA*[18] es el pionero en materia de litigios de interés público en Etiopía. APAP (*Action for Professionals' Association for the People*, en inglés), una organización social, interpuso una denuncia ante la Agencia Federal de Protección Ambiental (AFPAE) por la contaminación de los ríos Akaki y Mojo en Addis Abeba causada por el vertido de efluentes industriales en contradicción con la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental, e instó a AFPA a tomar medidas inmediatas. La AFPA respondió que los estándares ambientales estaban todavía en forma de borrador y a la espera de la aprobación del

una Autoridad, después pasó a ser nuevamente un Ministerio y en la actualidad ha sido degradado a una Comisión.

[16] Sin embargo, es bueno señalar que actualmente en Etiopía no hay un establecimiento uniforme de órganos regionales ambientales. Más bien, algunos están establecidos como oficinas, otras como autoridades y otras como agencias.

[17] CRDFE Ministerio de Finanzas y Desarrollo Económico (2010). Plan de Crecimiento y Transformación (GTP) 2010/11-2014/15, vol. 1, p. 27.

[18] Acción de la *Asociación de Profesionales por el Pueblo (APAP) v. Autoridad Federal de Protección del Ambiente (AFPA),* (2006). Exp. Civil No. 64902, Corte Federal de Primera Instancia.

Consejo Ambiental y, por lo tanto, no se podía contar con ellos para determinar si los ríos estaban siendo contaminados. La AFPA también afirmó que había tomado todas las medidas necesarias para hacer frente a la contaminación.

La APAP estaba insatisfecha con ello y entabló un proceso en la Corte Federal de Primera Instancia contra AFPA. Pidió a la Corte que ordenara a AFPA tomar las medidas administrativas y legales necesarias para detener la supuesta contaminación, a ordenar a AFPA que limpie los ríos y a emplear inspectores ambientales para asegurar que AFPA tome las medidas necesarias. La Corte dictaminó que el artículo 11 de la Proclama de Control de la Contaminación Ambiental no faculta a la APAP para demandar a la AFPA, pero sí para demandar al contaminador. La AFPA había presentado una objeción preliminar, planteando la cuestión del *locus standi*, y el tribunal aceptó la objeción. Por ende, desestimó a la AFPA de la acción sin escuchar los argumentos sobre los méritos relativos a la responsabilidad de la AFPA. Posteriormente, la Corte Federal Superior, incluida la Sala de Casación de la Corte Suprema Federal (que es la corte de mayor rango del país), refrendó la sentencia de la Corte Federal de Primera Instancia.

El caso APAP ilustra el hecho de que los litigios de interés público contemplados en el artículo 11 de la Proclama de Control de la Contaminación solo pueden iniciarse cuando la demanda específica beneficia a un objetivo de interés público. Es casi imposible cuantificar el éxito de los litigios de interés público frente a las demandas de los ciudadanos en términos de efectos ambientales, a diferencia de la simple promulgación de una ley y los resultados observados de su aplicación. Esto se debe a la naturaleza inherente de los litigios ciudadanos, en los que los ciudadanos o las personas se dirigen al poder judicial para garantizar la salvaguardia de los estatutos federales. La doctrina de separación de poderes dictaría que los objetivos del poder legislativo no tienen por qué dictar los objetivos del poder judicial y, la mayoría de las veces, la labor del poder judicial es controlar al gobierno en las disputas

ambientales. Las leyes y las disposiciones constitucionales son algunos de los diversos mecanismos legales que respaldan la seguridad y la calidad ambiental. Por lo tanto, sería presuntuoso atribuir cualquier aumento o disminución de la calidad del agua solo a los litigios de los ciudadanos al hacer esta comparación. Sin embargo, como estas herramientas de litigio son componentes significativos en la etapa de aplicación de la legislación ambiental, no se puede ignorar su influencia directa a la hora de darle efectividad a la legislación, y su correlación con el éxito de la legislación debe ser evaluada. Ninguna legislación es introducida con el objetivo de que fracase en su aplicación por las vías administrativas o judiciales. Los litigios pueden ser una opción viable para que los ciudadanos emprendan cuando el proceso ideal de aplicación fracase en la práctica. La comparación que se debe hacer ha de referirse a lo bien que desempeñan esa función de aplicación secundaria.

4. Demandas ciudadanas en los Estados Unidos

En los Estados Unidos, una persona con inquietudes sobre la tarea de legislar, incluso desde el extranjero, puede estar al tanto de las nuevas normativas federales y estatales en línea a medida que se anuncien. La legislación ambiental que más utilizan los abogados en el sistema federal es el Código de Regulaciones Federales (CRF)[19]. Todos los reglamentos de la AFPA se encuentran en el título 40, capítulo I del CRF. La Ley de Procedimientos Administrativos, una ley federal, exige que cuando una agencia como AFPA desarrolla un reglamento, debe publicar dos documentos en el Registro Federal[20].

En primer lugar, la AFPA (o cualquier otra agencia que proponga una regulación) debe publicar una propuesta del nuevo reglamento. Otras

[19] https://www.ecfr.gov/cgi-bin/ECFR?page=browse

[20] El Registro Federal es la gaceta oficial del gobierno de los Estados Unidos, que todos pueden leer en https://www.federalregister.gov/. Incluye avisos legales, propuestas de normas y varios documentos más.

agencias que podrían proponer regulaciones pertinentes, además de la AFPA, son el Servicio de Pesca y Vida Silvestre de los Estados Unidos, el Departamento del Interior e incluso el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos. Pero es importante que un abogado recuerde que la mayoría de las áreas de cumplimiento ambiental son delegadas a gobiernos de los estados, no a la federación[21].

No obstante, es a través de estos avisos en el Registro Federal (o su equivalente estatal) que los abogados ambientalistas de cualquier parte del mundo pueden estar al tanto de que sus clientes en los Estados Unidos podrían tener nuevas obligaciones o responsabilidades que se les aproximen. Tras la publicación de la nueva normativa propuesta, el público dispone de sesenta días para hacer comentarios por escrito sobre la misma. El público suele incluir organizaciones ambientales, organizaciones no gubernamentales, industrias, grupos de comercio y grupos de ciudadanos. Aunque es posible, pero menos frecuente que un ciudadano individual conozca, o dedique tiempo y energía, en el monitoreo de las nuevas regulaciones propuestas. Además, por lo general, solo los grupos industriales afectados o grupos de ciudadanos organizados están al tanto de los comentarios del proceso regulatorio que acabamos de describir y pueden formular comentarios que cambien las posiciones de los legisladores entre las regulaciones propuestas y las definitivas. Sin embargo, la posibilidad de que un ciudadano comente sobre los nuevos reglamentos es una oportunidad extremadamente importante en el sistema legal.

En segundo lugar, la AFPA (o cualquier otra agencia que proponga un reglamento) debe publicar el reglamento definitivo en el Registro

[21] Cuando se usa la palabra «gobierno» en los Estados Unidos no se refiere a lo que el *Regierung* significa típicamente en Alemania ni al significado de «gobierno» en el Reino Unido. En los Estados Unidos, en parte porque hay cincuenta estados llamados «estados», la Federación se denomina usualmente Gobierno Federal, en referencia a todas las partes de la administración federal y no solamente del partido que domina el Legislativo, como ocurriría en el Reino Unido.

Federal y, con el reglamento definitivo, debe abordar, por escrito, cada uno de los comentarios que haya recibido por escrito sobre su reglamento propuesto. Si las normativas definitivas, a primera vista, no proporcionan una orientación clara para el público, hay que volver al Registro Federal y examinar las explicaciones de la norma propuesta y las respuestas a los comentarios del público.

En concordancia con la descripción del federalismo dual en los capítulos 3 y 4, todo lo que se ha expuesto anteriormente para el sistema federal se aplica también a los estados de Estados Unidos. Pensilvania, por ejemplo, tiene el Código de Pensilvania, que contiene 246 capítulos o títulos de normas administrativas. La protección ambiental se encuentra en el título 25[22]. Como un estado equivalente al Registro Federal, el Boletín de Pensilvania publica propuestas de ley, decretos de consentimiento de resolución de litigios y otras acciones administrativas en Pensilvania[23].

Además del papel que desempeña el público en materia de leyes, las demandas ciudadanas son una herramienta legal en la que el público tiene un papel que desempeñar en la aplicación y la adjudicación del derecho ambiental. Las siguientes dos leyes con un mandato para mantener la calidad del agua son ejemplos de ello la Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua de Estados Unidos (LFCCA)[24] y la Ley de Agua Potable Segura (LAPS)[25]. La LFCCA tiene por objetivo, entre otras cosas, la prohibición de la contaminación del agua para la vida humana y la biodiversidad, mientras que el objetivo de la LAPS es proteger la salud pública mediante la creación de reglamentos y estándares para el

[22] Título 25. Código de Pensilvania. https://www.pacode.com/secure/data/025/025toc.html

[23] *Pennsylvania Bulletin Online*, https://www.pabulletin.com/index.asp

[24] 33 U.S.C. 1251.

[25] 42 U.S.C.A. §§ 300f ss.

suministro de agua potable, incluyendo la protección de fuentes de agua como lagos, ríos y pozos[26].

Los artículos 101 y 102 de la Ley de Agua Limpia[27] establecen los objetivos y la política que el estatuto pretende lograr. Aparte de los múltiples fines administrativos y de organización, un objetivo cuantificable de la ley de agua limpia era la eliminación del vertido de todos los contaminantes a las aguas navegables para 1985[28]. La facultad de demandar de los ciudadanos del artículo 505[29] contempla la ejecución privada de infracciones de la ley de agua limpia. Las normativas de control de la contaminación y los efluentes promulgadas por el Congreso en virtud de esta ley son aplicadas principalmente por los estados, pero la autoridad final recae en el administrador de la AFPA (McKinney, 1987, pp. 195, 197). En virtud del artículo 505 de la ley de agua limpia, se otorga a los ciudadanos la facultad de demandar por derechos públicos y no por daños privados, contra una parte que viole las normativas de efluentes, las órdenes administrativas o los estados. El ciudadano debe notificar con sesenta días de anticipación a la parte infractora, la AFPA y el estado, antes de presentar la demanda. Este plazo permite al gobierno tomar medidas de ejecución, evitando así la intervención inmediata del poder judicial (pp. 198-201).

La Ley de Agua Potable Segura (LAPS) dispone el establecimiento de estándares mínimos para la gestión de todos los sistemas públicos de agua dentro de los Estados Unidos y establece la creación de reglamentos[30]. Conforme a la LAPS, las demandas ciudadanas se conocen como «acciones civiles de los ciudadanos»[31]. La disposición de la LAPS es

[26] Congreso de los Estados Unidos. *Understanding the Safe Drinking Water Act*, AFPA 816-F-04-03, 2004.

[27] 33 U.S.C. 1251.

[28] 33 U.S.C. 1251 § 101(a)(i) ss.

[29] 33 U.S.C. 1251 § 505.

[30] 42 U.S.C.A. §§ 300f ss.

[31] 42 U.S.C.A. § 300j-8.

similar a la disposición de acciones civiles ciudadanas en el marco de la ley de agua limpia, ya que solamente permite la acción civil si el Estado no está «procesando con diligencia» una acción civil, y, si dicha acción ya se ha iniciado, concede a los ciudadanos el derecho a intervenir en esa acción[32].

En 2009, datos federales revelaron que, de los 54 700 sistemas de agua que existían en los Estados Unidos en ese momento, más del 20% violaban las disposiciones claves de la LAPS (Duhigg, 2009). En 2015, según un informe del Consejo de Defensa de los Recursos Naturales, 1110 proveedores comunitarios de servicios de agua que suministraban agua a unos 3,9 millones de personas en Estados Unidos contenían niveles de plomo superiores a los establecidos. El mismo informe señala que, en 2015, se produjeron 8000 infracciones con respecto a proveedores de agua, y la AFPA emprendió acciones de ejecución contra el 11%, solicitando sanciones para el 3% (Olson & Fedinick, 2016)[33].

Las acciones ciudadanas han tenido éxito en relación con la ley de contaminación del agua y el LAPS debido a la capacidad de los ciudadanos para recolectar muestras de las fuentes de agua y hacerlas analizar sin tener que invadir la propiedad privada para presentar un caso sólido en virtud de las disposiciones sobre acciones civiles ciudadanas (Coplan, 2014, pp. 61, 70). En comparación, y a través del sistema de Estados Unidos de federalismo cooperativo, es por ejemplo, más sencillo para los ciudadanos de Pensilvania monitorear si una instalación autorizada cumple con la Ley de Corrientes Limpias de Pensilvania, consultando en línea o acudiendo a una oficina estatal local del Departamento de Protección Ambiental de Pensilvania y, de conformidad con una petición legal de derecho a la información de los ciudadanos, examinar los informes de monitoreo de descargas presentados por el titular del permiso del Sistema

[32] 42 U.S.C.A. § 300j-8(b)(1)(B).

[33] Congreso de los Estados Unidos, R: 16-06-A, 2016.

Nacional de Eliminación de Descargas Contaminantes. Los informes de monitoreo de descargas indican los límites permitidos de ciertos contaminantes, los valores reales medidos en las desembocaduras; y si el valor indica una violación del permiso, de la Ley de Agua Potable Segura, o de ambos. En este ejemplo, el ciudadano ni siquiera tiene que tomar sus propias muestras.

La intención legislativa de introducir acciones civiles ciudadanas en los sistemas estatales y federales de los Estados Unidos era proporcionar a los ciudadanos privados la facultad de emprender acciones contra el gobierno o privados en casos de contaminación ambiental, de manera similar a la de ser un fiscal privado en vez de una víctima. Sin embargo, la interpretación conservadora de la separación de poderes resultó que la Corte Suprema redujera significativamente el alcance de la legitimación de la acción civil ciudadana, limitándola a las partes cuyos intereses se vean afectados (Kellner, 2009, pp. 385, 391-393). Durante los debates que precedieron a las enmiendas a la Ley de Aire Limpio en la década de 1970, hubo una considerable oposición a las disposiciones de la Corte Suprema por considerar que abrirían las puertas para litigios frívolos, y también hubo considerable apoyo a las mismas por considerar que los organismos de control carecían de recursos y motivación para hacer cumplir con éxito la ley sin la intervención de los ciudadanos (Dunn, 2003, p. 161).

Los historiales legislativos de la ley de control de la contaminación del agua revelan que, junto con la protección de la calidad ambiental, uno de los objetivos de la ley era garantizar la participación pública en la aplicación de sus disposiciones[34] y ampliar el acceso de los ciudadanos a los tribunales mientras que se aplica la ley[35]. La acción civil ciudadana

[34] S. Rep. No. 414, 92d Cong., 1st Sess. 80 (1971).

[35] Consejo de Defensa de los Recursos Naturales, *Inc. v. Train*, 510 F.2d 692, 700 (D.C. Cir. 1975).

garantiza un control de los organismos de ejecución[36], con la posibilidad de litigar si hay insuficiencias o discrepancias en sus funciones no discrecionales, para «agitar a los organismos durmientes»[37].

Las demandas de los ciudadanos tienen como finalidad el cumplimiento, y no la de ser mecanismos compensatorios basados en los daños, como un caso de agravio privado, aunque las sanciones civiles son posibles en virtud de la ley de control de la contaminación del agua. Existe una forma de acción híbrida en la que los ciudadanos hacen valer sus derechos como ciudadanos a la protección personal frente a la contaminación, buscando fundamentalmente remedios similares a los del gobierno (Hecker, 1994, p. 31). Asimismo, dado que la LFCCA autoriza la imposición de sanciones civiles de hasta 25 000 dólares por día de infracción, la acción puede servir tanto para el cumplimiento como para la disuasión (Thompson, 1987, pp. 1656-1657). De ser una válvula de seguridad contemplada para la eficacia de la ley de control de la contaminación del agua, la sección 505 ha pasado a utilizarse a menudo como un mecanismo de ejecución judicial (Abell, 1995, pp. 1957-1977).

Otro objetivo de la acción civil ciudadana es garantizar que se litiguen los intereses públicos y no solo los privados. Una corte federal de apelación[38] amplió aún más la noción de beneficio público en relación a la acción civil ciudadana, señalando que, en lugar de centrarse únicamente en el resultado del litigio, era crucial considerar si la demanda era del tipo que el Congreso había pretendido fomentar, que era «un esfuerzo prudente y deseable para lograr un objetivo no alcanzado de la Ley» (Schwartz, 1984, pp. 327, 369-370). De la interpretación

[36] S. Rep. No. 1196, 91st Cong., 2d Sess. 35-36 (1970).

[37] *Friends of the Earth v. Carey*, 535 F.2d 165, 173 (2d Cir. 1976).

[38] *Metropolitan Washington Coalition for Clean Air v. District of Columbia*, 639 F.2d 802 (D.C. Cir. 1981). En *Sierra Club v. Gorsuch*, 672 F.2d 33, 36 (D.C. Cir.). La corte declaró que era importante evaluar si los demandantes en el proceso civil habían resuelto las metas del acta.

judicial y los antecedentes legislativos, parece que los objetivos centrales de las disposiciones de acción civil ciudadana en la LFCCA y la LAPS son esencialmente la aplicación de las normas de calidad del agua y la prevención de la contaminación, lo cual incluye la disuasión de futuras violaciones y la salvaguardia del interés público.

La contaminación del agua potable en la ciudad de Flint, Michigan, en Estados Unidos, ha sido en los últimos años un tema central en el debate sobre agua potable segura en Estados Unidos, atrayendo la atención de los medios mundiales y generando renovados esfuerzos de la sociedad civil y los organismos administrativos para fortalecer los objetivos de la LFCCA y la LAPS. El suministro de agua de la ciudad había sufrido casos de contaminación bacterial en 2014 y el consecuente tratamiento con cloro resultó en que el agua se volviera cada vez más corrosiva. Sin embargo, el alto nivel de plomo en el agua potable fue el punto central del caso, por lo que los ciudadanos interpusieron una demanda ciudadana federal, a la que se sumaron el Consejo de Defensa de los Recursos Naturales y la Unión Americana de Libertades Civiles. Las acciones civiles ciudadanas fueron un intento concreto de la sociedad civil para hacer cumplir los estándares de calidad del agua, en especial lo relacionado con el plomo. En el caso *Concerned Pastors for Social Action et al. v. Khouri et al.*[39], los demandantes alegaron daños pasados y continuos por el agua potable contaminada con altos niveles de plomo, incluyendo la violación de la regla del plomo y cobre[40] conforme a la LAPS, las obligaciones relacionadas y los reglamentos de implementación. La corte rechazó la moción de desestimación de los demandados, manteniendo que los demandantes habían cumplido el requisito de legitimación en virtud de la LAPS.

La regla del plomo y cobre (RPC) es una normativa federal en virtud de la LAPS que se refiere en particular a niveles de plomo y cobre a

[39] E.D. Michigan, caso 16-10277.

[40] 40 CFR Sección 141 Subsección I.

través de sistemas de tuberías de agua y no a la contaminación en el origen del agua propiamente; no obstante, es un componente integral en la contaminación del agua potable. La regla exige a las autoridades de gestión del agua que adopten medidas adicionales para combatir la contaminación por plomo a través de la corrosión en tuberías, y el nivel de acción para el plomo son 15 ppb en más del 10% de los hogares analizados.

La demanda ciudadana que buscaba la ejecución de obligaciones de la LAPS fue interpuesta en enero de 2016, y la sentencia que denegó la petición del demandado de desestimación fue dictada por la corte en julio de 2016. Los datos de la AFPA mostraron una disminución del 65% en los niveles de acción (15 ppb) de plomo en el agua potable entre marzo y noviembre de 2016. Utilizando estos datos, cuando se evalúa la capacidad de la disposición de la Corte Suprema para hacer cumplir los objetivos de la RPC de conformidad con la Ley de Eliminación de Desperdicios Sólidos, aunque es posible que no haya una correlación causal directa entre la decisión de la acción civil ciudadana a favor de los demandantes y la disminución de los niveles de acción de la contaminación con plomo en el agua potable, se ve que se produjeron consecutivamente y no se puede descartar el efecto causal, teniendo en cuenta cómo el lenguaje de la sentencia reiteró la obligación en nombre del estado y la administración de los sistemas de suministro de agua de hacer cumplir los estándares de la ley de eliminación de desperdicios sólidos. La disminución del 65% al cabo de unos meses tras la sentencia, sugiere, por tanto, la eficacia de aplicar la disposición sobre acciones civiles ciudadanas.

La LFCCA establece que la presentación de una demanda ciudadana debe ir precedida por el envío de una notificación de la intención de demandar a los organismos de ejecución y al contaminador, sesenta días antes de su presentación. Un informe de la Oficina de Cumplimiento de California reveló que entre marzo de 2009 y junio de 2010 se recibieron sesenta avisos de demanda en virtud de la Ley de Aguas Limpias en

California, con información sobre el 70% de los casos, lo que supone un total del 42%. De esas 42, dieciocho se resolvieron, veintiuno entraron en litigio o negociación y tres no fueron procesadas (Sato, 2011). Esto se traduce en que un mínimo del 92,85% del total de avisos en ese periodo fueron dispositivos de aplicación exitosos mediante el inicio de acciones legales, independientemente del resultado de esos casos.

5. Peticiones y referendos ciudadanos en Alemania

En todos los 16 *Länder* (estados) de la República Federal de Alemania, los ciudadanos pueden participar directamente en la toma de decisiones locales y sustituir una decisión del consejo municipal con un *Bürgerentscheid* (referéndum)[41]. Entre 1956 y 2019, de un total de 8099 procedimientos de este tipo a nivel municipal, 4107 resultaron en referendos ciudadanos (Rehmet, 2020, p. 7).

Según el artículo 20, sección 2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, Alemania es una democracia representativa y el elemento plebiscitario es una excepción. Un *Bürgerbegehren* (petición ciudadana) es un elemento de participación ciudadana democrática directa a nivel municipal. Por consiguiente, corresponde a los *Länder*, no al gobierno federal, establecer y diseñar tales procedimientos. Observando la frecuencia relativa de uso, basada en el número promedio de procedimientos por municipio, las ciudades-estado[42] de Hamburgo, Berlín y Bremen ocupan los tres primeros puestos, seguidas de Renania del Norte-Westfalia (RN-W) y Baviera. Solo en Baviera se registra el 40% de los procedimientos. En el estado de RN-W, la *Gemeindeordnung* RN-W (ordenanza local del RN-W) establece el *Bürgerbegehren* (petición de los ciudadanos) y el *Bürgerentscheid* (referéndum de los ciudadanos)

[41] https://www.mehr-demokratie.de/themen/buergerbegehren-in-den-kommunen/verfahrensregelungen/

[42] La República Federal de Alemania comprende 16 *Länder* (estados) y tres de ellos están constituidos como ciudad y un Estado a la vez (Berlín, Hamburgo, Bremen).

y da a los ciudadanos del municipio la oportunidad de decidir sobre los asuntos del municipio mediante una votación de los ciudadanos en lugar de una votación del consejo (Rehmet, 2020). La petición ciudadana es la fase previa al referéndum ciudadano, que, si resulta exitoso, tiene el efecto legal de una decisión del consejo municipal[43]. Además, la votación de los ciudadanos del municipio también puede ser iniciada por el consejo en un referéndum ciudadano del consejo[44]. De los 8099 procedimientos antes mencionados, 6737 fueron peticiones ciudadanas iniciadas «desde abajo» y 1362 fueron referendos municipales iniciados «desde arriba» (Rehmet, 2020). Las peticiones pueden ser excluidas debido su objeto[45] y a requisitos formales y de procedimiento[46].

Además, en el estado de RN-W también existe lo que se denomina *Einwohnerantrag* (moción de los residentes)[47]. Sin embargo, esta moción tiene un objetivo diferente, ya que solo se trata de que el consejo delibere y decida sobre un asunto concreto, mientras el referéndum ciudadano sustituye a la resolución del consejo (Rehmet, 2020).

Ahora se plantea la pregunta de lo que puede ser regulado. En principio, el *Gemeinderat* (órgano municipal, consejo) dentro de la administración tiene competencia general para los asuntos de la administración municipal, «salvo que la presente ley [la ordenanza local] disponga otra cosa»[48]. En cuanto a la competencia del municipio, el artículo 28, sección 2, frase 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana garantiza el derecho a regular todos los asuntos de la comunidad local bajo su propia responsabilidad en el marco de la ley. En conjunto, el ordenamiento jurídico alemán otorga una considerable independencia a los municipios en su autoadministración.

[43] Párrafo 26, sección 7 de la ordenanza local. Ver Dietlein y Heusch, 2020.

[44] Párrafo 26, sección 1, frase 2 de la ordenanza local.

[45] Párrafo 26, seción 5, frase 1 de la ordenanza local.

[46] Párrafo 26, sección 2 a 4 de la ordenanza local.

[47] Párrafo 25 de la ordenanza local.

[48] Párrafo 25 de la ordenanza local.

Las peticiones de los ciudadanos no están permitidas si se refieren a cuestiones de organización interna de la administración municipal, a las relaciones jurídicas de los empleados municipales, a determinadas cuestiones presupuestarias, a diversos procedimientos de aprobación, a planes de uso del suelo urbano (excepto a la decisión de iniciar el procedimiento de dicho plan) y asuntos sobre los que ya se haya celebrado un referéndum ciudadano en los dos últimos años[49].

Dependiendo del tamaño del municipio, diferentes porcentajes de ciudadanos deben firmar la petición ciudadana. Para una ciudad como Colonia, con más de un millón de habitantes, sería el 3%[50].

El legislativo creó instrumentos de procedimiento para apoyar las iniciativas ciudadanas. Por ejemplo, los ciudadanos que quieran llevar a cabo una petición ciudadana deben notificar al municipio su intención de hacerlo[51]. Luego, el municipio debe ayudar a los ciudadanos a iniciar la petición ciudadana[52] y preparar una estimación de los costos asociados con la implementación de la medida solicitada[53]. Esto se llama *Vorverfahren* (procedimiento preliminar) y termina con la entrega de la estimación de los costos a los iniciadores de la petición ciudadana. Además, para crear seguridad jurídica en una fase temprana, los iniciadores pueden solicitar un examen anticipado opcional de la admisibilidad de la petición ciudadana[54]. Asimismo, otras organizaciones no estatales pueden ayudar a los ciudadanos con sus peticiones[55].

[49] Párrafo 26, sección 5 de la ordenanza local.

[50] Párrafo 2, sección 4 de la ordenanza local.

[51] Párrafo 26, sección 2, frase 3 de la ordenanza local.

[52] Párrafo 26, sección 2, frase 4 de la ordenanza local.

[53] Párrafo 26, sección 2, frase 5 de la ordenanza local.

[54] Párrafo 26, sección 2, frases 7 a 11; Dietlein y Peters, 2020, subsección 16b.

[55] Como *Mehr Demokratie*. Según su propia información, es la mayor ONG de democracia directa del mundo. Asesora a las iniciativas ciudadanas y los ayuda a interconectarse a las redes. https://www.mehr-demokratie.de/ueber-uns/profil/

Una vez que se recoge el número suficiente de firmas de apoyo y se presenta la petición ciudadana al Consejo, se procede al estudio. Esto significa que el Consejo examina primordialmente la admisibilidad del contenido de las peticiones (si no se ha decidido ya en el examen anticipado opcional) y la validez de las firmas. Una vez que se ha determinado la admisibilidad de la petición ciudadana, los órganos municipales no pueden tomar ni ejecutar una decisión contraria a la petición, a menos que el municipio tenga la obligación legal de hacerlo en ese momento[56]. Si el Consejo no aprueba la petición, debe celebrar un referéndum en los tres meses siguientes a la decisión del Consejo sobre la admisibilidad de la petición ciudadana[57]. En este caso, una simple mayoría debe votar a favor del referéndum y representar un determinado quórum de las personas con derecho a voto. El quórum necesario se basa en el número de habitantes del municipio[58].

Más de la mitad de los 8099 procedimientos tuvieron lugar entre 2003 y 2019, con 358 procedimientos nuevos iniciados solo en 2019. La razón es que los referendos ciudadanos están siendo cada vez más utilizados en temas de política climática como los muy populares referendos sobre la bicicleta.

El primer referéndum con éxito contra las centrales eléctricas de carbón tuvo lugar en Dachau en 2010. La iniciativa ciudadana *Kontra-Kohlestrom* (contra la energía del carbón) hizo campaña contra la participación prevista de la empresa municipal de Dachau en las nuevas centrales eléctricas de carbón que se construirían en Lünen y Krefeld, y el 62% de los ciudadanos de Dachau votaron en el referéndum a favor de la renuncia de la empresa municipal[59]. El referéndum de Dachau se convirtió en modelo para el referéndum ciudadano en Aquisgrán,

[56] Párrafo 26, sección 6, frase 7 de la ordenanza local.

[57] Párrafo 26, sección 7, frase 4 de la ordenanza local.

[58] Párrafo 26, sección 7, de la ordenanza local.

[59] *Datenbank Bürgerbegehren*. https://www.mehr-demokratie.de/nc/datenbank-buergerbegehren/?tx_buergerbegehren_list%5Baction%5D=list&tx_buergerbegehren_

con lo cual la empresa municipal de electricidad STAWAG se retiró de su participación en el proyecto de la central eléctrica de carbón de Krefeld en 2011. En Hamburgo, los ciudadanos utilizaron con éxito el referéndum a nivel estatal en 2013 para volver a municipalizar la red de calefacción de la ciudad. Hamburgo es una *Stadtstaat* (ciudad-estado) y por ello los ciudadanos eligieron el referéndum a nivel estatal, que funciona de forma similar al referéndum ciudadano a nivel municipal (Rehmet, 2020). En 2017, un referéndum en Múnich dio como resultado un plan para cerrar las centrales eléctricas de carbón de la empresa municipal para 2022. En Berlín, un referéndum apoyó que se exigiera legalmente la eliminación del carbón para 2030. Eventualmente en 2019, los ciudadanos crearon la iniciativa *Klimawende Köln* (cambio climático Colonia), que está trabajando para que la compañía eléctrica de la ciudad, Rheinenergie, sea neutral en cuanto a las emisiones de CO_2 para 2030[60]. Se puede observar que las peticiones ciudadanas se están utilizando cada vez con más frecuencia en cuestiones de protección climática y representan un medio eficaz de participación ciudadana a nivel municipal. Además, se puede observar que las personas que participan en las iniciativas se interconectan entre sí e intercambian sus experiencias[61].

6. Comparaciones a través de culturas

Una comparación superficial de estadísticas entre las acciones civiles ciudadanas y el litigio de interés público en los Estados Unidos y en la India, respectivamente, utilizando los datos disponibles, conduce a

list%5Bcontroller%5D=Initiative&cHash=8add6fde8bbd4b5b1b272cbb9b0d2dd4; https://klimawende.koeln/so-funktioniert-ein-buergerbegehren/

[60] El Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Colonia organizó un programa de sensibilización pública para esta iniciativa. Ver https://us-recht.jura.uni-koeln.de/the-environmental-law-center

[61] https://klimawende.koeln/so-funktioniert-ein-buergerbegehren/

posibles conclusiones sobre el modo en que estas herramientas impulsan la aplicación de los estándares ambientales. El objetivo examinado para Flint fueron los niveles de acción de plomo, mientras que el objetivo examinado para el río Yamuna en la India fue el nivel de demanda bioquímica de oxígeno (DBO) en el agua del río. En Flint, debido a la reducción del 65% en los niveles de acción para el plomo en los meses posteriores a la sentencia de las cortes, podemos decir que hay una tendencia positiva en la acción. Por otra parte, el hecho de que los niveles máximos de demanda biológica de oxígeno DBO en el Yamuna se hayan multiplicado casi por 250 entre 1980 y 2005, con niveles máximos de DBO registrados veinticinco veces por encima de la norma de calidad del agua establecida, es prueba de que el caso no fue capaz de dirigir el curso del río, como se pretendía hacer al iniciar la acción por iniciativa propia en 1994. Los jueces se enfrentaron a datos conflictivos sobre la contaminación provenientes de organismos de aplicación como las juntas estatales de control de la contaminación, que en su calidad de organismos de aplicación son los demandados en estos casos, mientras que simultáneamente desempeñan el papel de expertos científicos, ya que son las fuentes gubernamentales de datos que impulsan el dictamen. El hecho de que el asunto se haya tratado como una solicitud ante el Tribunal Nacional Verde (TNV)[62] y que su dictamen en 2015 exigió a todos los organismos de aplicación y a órganos gubernamentales correspondientes coordinen y trabajen para alcanzar el *Maily Se Nirmal Yamuna* («de un Yamuna sucio a un Yamuna limpio») para 2017, hace suponer que los datos posteriores a 2017 revelarán información positiva sobre la capacidad del litigio de interés público para hacer que se cumplan las normativas de calidad del agua. El caso Yamuna es un ejemplo de la participación de los medios informativos en apoyar a los litigios de interés público en la India, un fenómeno que también se puede observar en Etiopía.

[62] *Manoj Mishra v. Union of India and Ors*, Tribunal Nacional Verde (rama principal), Aplicación Original No. 6 de 2012.

Debido al desbalance de poderes entre los ciudadanos, el Estado o las empresas privadas, podría existir la posibilidad de que los litigantes se vean obligados a retirar las denuncias por presión social en la India, mientras que la desestimación por motivos técnicos podría ser indicio de una representación legal o sensibilización inadecuada y de baja calidad; pero en este momento solo se pueden hacer conjeturas. Sin embargo, se puede afirmar que tanto las acciones civiles ciudadanas como el litigio de interés público han aumentado la capacidad de los ciudadanos para controlar a los organismos gubernamentales mediante el desarrollo de la legitimación, que era la intención original con la que se introdujeron en ambos países.

En Alemania, la petición ciudadana incluso amplía el rol del público por encima de su capacidad para controlar a los organismos gubernamentales en la aplicación de la ley. Si los ciudadanos de un municipio no están satisfechos con las medidas ambientales adoptadas por el Consejo, pueden participar directamente en el desarrollo de políticas de la administración local. Las estadísticas demuestran que esta herramienta legal es cada vez más frecuente y exitosa para los temas relacionados con la protección climática. Los ciudadanos han tomado conciencia de su influencia sobre la política ambiental y climática a nivel local (Rehmet, 2020).

Como se ha visto en la India, podemos observar que en Etiopía el éxito del litigio de interés público también depende del nivel de sensibilización del público sobre el tema que se presenta ante el tribunal. Si se pretende proteger las cuestiones ambientales por medio de los litigios de interés público, el público debe estar sensibilizado. La sociedad de Etiopía desconoce principalmente muchos de los derechos contemplados en la Constitución o instrumentos internacionales[63]. La falta de educación es

[63] Ministerio de Finanzas y Desarrollo Económico de la República Democrática Federal de Etiopía (2010). Plan de crecimiento y transformación 2010/11-2014/15. Vol. 1, pp. 27, 101.

una de las razones. Otra es el escaso número de sociedades civiles que se ocupan de cuestiones ambientales. Muchas industrias en Etiopía se encuentran en la periferia y las víctimas inmediatas viven en los suburbios o zonas rurales, posiblemente sin conocer sus derechos y mucho menos cómo ejercerlos. Además, en Etiopía no existe una difusión sistemática de información ambiental para el público[64]. El acceso a la información jurídica es limitado incluso para los jueces. No hay bibliotecas adecuadas; las decisiones no se hacen públicas, excepto las de la División de Casación del Tribunal Supremo Federal; los documentos jurídicos no se difunden y, cuando lo hacen, no se hace con la suficiente rapidez. Los jueces gestionan más casos judiciales de los necesarios, lo que es desafiante para la calidad de decisiones. Los medios de comunicación también desempeñan un papel fundamental en la difusión de información sobre cuestiones ambientales. Pueden influir en las decisiones de las instituciones privadas. Y, lo más importante, ayudan a consolidar la posición de los litigantes de interés público al proporcionarles recursos que les ayuden en sus casos. Sin embargo, existen problemas relacionados con los medios y la prensa libre en Etiopía[65].

Además, en Alemania, para que una petición ciudadana tenga éxito, el público en general debe estar informado sobre el tema, como, por ejemplo, la protección climática. Las campañas de publicidad de los iniciadores de la petición son cruciales tanto para reunir suficientes seguidores en el primer paso de la petición como también para el voto en el segundo paso.

La noción de desarrollo sostenible, si se aplicara como estándar tipo II a nivel nacional, requeriría que el Estado equilibre los intereses sociales de los ciudadanos, no solo los económicos y ambientales. Lo social

[64] Ministerio de Construcción de Capacidades de la República Democrática Federal de Etiopía (2005). Programa Comprehensivo de Reforma del Sistema de Justicia (2005). Estudio de base, p. 175.

[65] ADB y African Development Fund (2009). *Country Governance profile-Ethiopia*, p. 10.

es a menudo la oportunidad de incorporar a la acción del Estado las preocupaciones por la justicia, y no simplemente el cumplimiento. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece, por ejemplo, que los tribunales del país deben aplicar «la ley y la justicia» (*Recht und Gerechtigkeit*)[66]. La justicia ambiental significa algo más que trabajar dentro de la ley y, en muchas culturas, es posible que el público, y no solo un organismo estatal, haga realidad esa justicia, ya sea mediante la acción directa o la acción indirecta de control del Estado. Mientras que el control estatal de los asuntos ambientales a través de la legislación permite al Estado reglamentar ciertos asuntos con mayor detalle, el hecho de abordar los problemas ambientales a través de litigios de forma *ad hoc* permite al Estado enfocar problemas específicos de forma individual.

7. Conclusiones

Tanto las acciones civiles ciudadanas como el litigio de interés público pueden beneficiarse del conocimiento y el estudio de cada uno para lograr sus objetivos internos. Por ejemplo, uno de los problemas principales del sistema del litigio de interés público es que los organismos de ejecución son caracterizados como incumplidores en virtud de su falta de acción en materia de ejecución. Para corregir esta situación, se les podría exigir por ley que se beneficien de una notificación de intención de demandar. El objetivo del litigio de interés público de hacer que la justicia sea accesible a los sectores más pobres de la sociedad también puede lograrse permitiendo honorarios contingentes para los abogados, y mejorando la calidad de representación legal[67]. En el Reino Unido, por ejemplo, existe la acción judicial privada para los delitos y, aunque el abogado debe ser remunerado por su cliente privado, la experiencia

[66] Artículo 20(3) de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

[67] El cobro de honorarios contingentes por los abogados está prohibido por la Regla 20 de las Reglas del Consejo de Abogados de la India.

muestra que los abogados muy a menudo pueden recuperar del Estado sus honorarios, o una parte sustancial de los mismos. Los cargos penales como los presentadas contra funcionarios del gobierno por ocultar información pertinente en Flint, pudieron haber contribuido al giro positivo en niveles de plomo en 2016 (Haimerl & Goodnough, 2016).

Una cuestión crucial es cómo se evalúa el éxito de los litigios, porque el hecho de considerar una decisión en contra de un demandante como una demanda fallida en términos de intereses ambientales parte del supuesto de que a todos los demandantes se les debe una victoria por el sistema de justicia, y su falta es un reflejo de la ineficacia del aparato legal, un supuesto que es antitético a la idea de que el poder judicial actúe como intérprete independiente e imparcial de la ley. Sin embargo, al mismo tiempo, los tribunales de Estados Unidos, India y Etiopía han sido de manera consistente una vía para la protección de los derechos de los más vulnerables y marginados, y la participación de los ciudadanos en el proceso judicial a través de estas demandas cumple no solo una función legal, sino social.

Utilizando una comparación de Tipo I, se puede realizar una comparación útil e inteligente del *locus standi*. Ni en Etiopía ni India el público necesita un interés privado y personal para iniciar un litigio de interés público, tampoco la persona necesita uno para iniciar una acción civil ciudadana en los Estados Unidos. Este reconocimiento legal de utilizar el litigio como una herramienta para el bien común, más los derechos extendidos a otras entidades tratadas en el capítulo 5, contribuyen al reconocimiento de una norma que valora el aire, el agua y la tierra como beneficios públicos compartidos, por lo que no se requiere la tenencia y el daño privados para utilizar el litigio.

El derecho público alemán ofrece otra herramienta legal con la misma intención de permitir la participación pública en la protección ambiental. Varios ejemplos anteriores han mostrado cómo las peticiones de los ciudadanos contribuyeron a reducir considerablemente las emisiones CO_2 procedentes de los combustibles fósiles.

Para que estas herramientas funcionen eficazmente, sobre todo en países donde la pobreza y el analfabetismo son altos, el éxito de una demanda es impensable sin el apoyo de organizaciones fuertes de la sociedad civil y de las libertades. Aunque estén técnicamente a su alcance, las organizaciones sin fines de lucro y de la sociedad civil o los individuos generalmente no pueden presentar demandas contra los inversionistas privados que contaminan el ambiente.

Capítulo 8
Opciones económicas facilitadas por el derecho ambiental

Sacha Kathuria

1. Un estudio de caso sobre la integración de la energía limpia en la red eléctrica

En el capítulo 3 planteamos la cuestión de que si una suficiente planificación ambiental podría eliminar la necesidad de un litigio. En este capítulo nos fijamos en la energía como ejemplo de un área en la que instrumentos económicos funcionan como una característica clave de la planificación. Los instrumentos económicos pueden utilizarse tanto en la planificación como en los litigios. En la planificación jurídica, las tarifas, pagos de licencias, tarifas de permiso y los impuestos pueden utilizarse para proteger el ambiente. En los litigios, las sanciones estatales para los litigantes de derecho público pueden ser penales o civiles. Las sanciones civiles, con límites fijados por la legislación y conocidos por los contaminadores de antemano, pueden ser lo suficientemente grandes como para disuadir algunas actividades[1]. En este capítulo

[1] Sin embargo, para contar con esta clase de disuasión es necesario que la legislación otorgue una gran flexibilidad a los jueces y administradores al evaluar las sanciones, con el fin de garantizar que el Estado pueda evaluar una sanción lo suficientemente

veremos solo un ejemplo de los instrumentos económicos que se utilizan para reglamentar y promover la producción y distribución de energía eléctrica.

En lo que respecta a la electricidad, los cambios tecnológicos suponen oportunidades para que las sociedades integren los recursos energéticos renovables en sus carteras para crear una red eléctrica más fiable y con menor impacto en el ambiente. Entre sus muchas ventajas, la integración de la energía renovable puede ayudar a las sociedades a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en un esfuerzo por hacer frente al cambio climático y proporcionar un ahorro de costos y confiabilidad para los consumidores y, al hacerlo, también puede servir como medio para permitir que los estados individuales sean más independientes energéticamente. Sin embargo, lo que motiva a los Estados a crear y utilizar energías renovables varía. El ritmo de apoyo económico a las energías renovables, ya sea por las fuerzas del mercado o por incentivos gubernamentales, depende de si una cultura lo apoya y si su régimen regulador refleja los valores expresados por la cultura. Compararemos la planificación y los desempeño de los Países Bajos y los Estados Unidos, como ejemplos de Estados en proceso de cambiar sus enfoques sobre la energía renovable. Parte de esta evolución incluye compensar a los clientes por añadir energía renovable, como la solar, a la matriz energética con regímenes tarifarios. En última instancia, la decisión de si las energías renovables son valoradas por una jurisdicción depende de que funcionen para servir las necesidades de la sociedad en la que se despliegan. Dado que el autor ejerce en los Estados Unidos,

---

severa como para disuadir a las empresas altamente rentables que pueden incorporar «costos de cumplimiento» (sanciones) a su modelo de negocio y sistema operativo y seguir inafectados por las actividades contaminantes. Al mismo tiempo, los pequeños operadores pueden ser disuadidos con sanciones mucho más pequeñas. Por lo tanto, el grado de flexibilidad que se requiere para que las sanciones evaluadas impuestas sean eficazmente disuasorias podría no ser lo suficientemente concreto como para notificar con claridad y antelación a los posibles contaminadores.

utilizaremos el principio de y presentaremos primero las consideraciones de los Países Bajos.

2. Transmisión y distribución eléctrica en los Países Bajos

Los abundantes recursos naturales de los Países Bajos para la generación de electricidad incluyen algunas de las mayores reservas de gas del mundo en la provincia de Groningen[2]. En consecuencia, los Países Bajos son el segundo mayor exportador de gas natural de Europa y un importante productor de combustibles líquidos, lo que lo convierte en un importante centro de transporte y procesamiento. En 2015, la generación de electricidad en Holanda procedía en un 80% de centrales eléctricas de combustibles fósiles. Aunque famoso por sus molinos de viento, ese año el viento solo representó el 7% de la generación eléctrica, del 12% generado a partir de recursos renovables[3]. A pesar de su progresiva reputación de ser «limpios y verdes», los Países Bajos son un enorme contaminador en Europa (Kakissis, 2018). Ocupa uno de los lugares más bajos entre los países de la Unión Europea (UE) en cuanto al uso de energía renovable y no está cumpliendo los objetivos de la UE en cuanto al uso de energía verde. Los Países Bajos se enfrentan a una presión cada vez mayor por parte de la UE y de la opinión pública para que cambien (Kakissis, 2018). Como vimos en el capítulo 5, los ciudadanos holandeses han considerado que la planificación y la legislación del Estado holandés son insuficientes para atender sus necesidades de una energía limpia que responda a las exigencias de la crisis climática, por lo que presentaron

[2] *Netherlands: Energy.* Departamento de Comercio de los Estados Unidos, Administración del Comercio Exterior. 18 de octubre de 2018. https://www.export.gov/article?id=Netherlands-Energy

[3] Administración de la Energía de los Estados Unidos. EIA- Estadísticas independientes y análisis. https://www.eia.gov/beta/international/analysis.php?iso=NLD

una demanda, junto con la Fundación Urgenda, para lograr sus objetivos a través del litigio.

Dado que el gas natural es de combustión limpia, su creciente uso contribuyó a la descarbonización de la economía holandesa ya en la década de 1970, cuando la producción de carbón disminuyó en la región carbonífera de Limburgo (Van de Graaff, 2018). En 2015, el Parlamento holandés votó a favor de la eliminación gradual de las once centrales eléctricas de carbón existentes en el país, algunas de las cuales estaban programadas para ser clausuradas, mientras otras se convertirán a la combustión combinada de biomasa[4]. Sin embargo, se cree que la producción de gas ha provocado terremotos en la región. La presión pública aumenta para que se detenga la producción inmediatamente por motivos de seguridad (Meijer, 2019). El gobierno holandés se comprometió y decidió eliminar gradualmente el yacimiento de gas de Groningen para el año 2030 (Van de Graaff, 2018), y además las reservas de Groningen se están agotando (Verdonck, 2016). Aunque el objetivo es sustituir el gas natural con energías renovables, esto será caro y llevará tiempo (Van de Graaff, 2018). Mientras tanto, es probable que el país dependa de las importaciones de gas natural, lo que puede aumentar los costos, ser un proceso largo y anular cualquier beneficio ambiental del gas natural (Van de Graaff, 2018). Al igual que sus contrapartes estadounidenses, los políticos holandeses están elaborando planes, leyes y reglamentos que utilizan las nuevas tecnologías para alcanzar la demanda pública de energía renovable.

2.1. El Acta de Electricidad de 1998

La red eléctrica holandesa está conectada a Bélgica, Alemania, Noruega y el Reino Unido a través de líneas de alta tensión que recorren el lecho del

[4] Administración de la Energía de los Estados Unidos. EIA- Estadísticas independientes y análisis. https://www.eia.gov/beta/international/analysis.php?iso=NLD

Mar del Norte. Sus formas de energía más comunes para la generación de electricidad han sido el gas natural y el carbón[5]. TenneT, propiedad del gobierno holandés, es el único operador de red para la transmisión en los Países Bajos[6]. En 2010 adquirió la red extra de alta tensión de la alemana EON, convirtiéndose en el primer administrador de una red transfronteriza en Europa[7]. La legislación holandesa exige la separación de la transmisión y la distribución, y como consecuencia, los Países Bajos cuentan con ocho operadores de servicios de distribución, más de 25 productores y 35 minoristas de electricidad[8]. TenneT forma parte de la Red Europea de Gestores de Redes de Transporte de Electricidad (REGRT-E), que representa a 43 operadores de redes de transmisión eléctrica de 36 países en Europa. La REGRT-E surge del reglamento de la UE EC714/2009, cuyo objetivo es mejorar la cooperación entre los operadores de redes de transmisión y así lograr una red más segura y confiable, facilitar el desarrollo transfronterizo y potenciar la creación de un mercado interior de la electricidad[9].

La ley de Electricidad (E-Act) de 1998 constituye la base principal de legislación sobre electricidad en los Países Bajos, permitiendo a los productores y proveedores de electricidad ofrecerla en un mercado. La E-Act permitía a las empresas de distribución y a los grandes consumidores comprar electricidad de generadores fuera de los locales, y permitía la autogeneración por parte de la industria. La E-Act obligó a las empresas de distribución a aceptar toda la electricidad generada

---

[5] Administración de la Energía de los Estados Unidos. *EIA. Estadísticas independientes y análisis*. https://www.eia.gov/beta/international/analysis.php?iso=NLD

[6] Print TSO Focus. *Global Transmission Report: Dutch-German TenneT: Playing a Central Role in Creation of NWE*, https://www.globaltransmission.info/archive.php?id=26063.

[7] Print TSO Focus. *Global Transmission Report: Dutch-German TenneT: Playing a Central Role in Creation of NWE*, https://www.globaltransmission.info/archive.php?id=26063

[8] Administración de la Energía de los Estados Unidos. *EIA. Estadísticas independientes y análisis*. https://www.eia.gov/beta/international/analysis.php?iso=NLD

[9] *The Third Energy Package*. https://www.entsoe.eu/about/inside-entsoe/official-mandates/

localmente y que les fuera suministrada, y a pagar una tarifa de alimentación esencialmente igual a los costos evitados. La ley también estableció un regulador independiente para el sector energético, la *Directie Toezicht Energie* (DTe), la Oficina de Regulación de Energía, como parte de la *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa), Autoridad Holandesa de Competencia, para supervisar el sector «a fin de garantizar el acceso no discriminatorio a la red de generadores y regular los precios de los usuarios finales cautivos»[10].

En 2009, la UE promulgó la Directiva de Energías Renovables (2009/28/CE), que establecía objetivos vinculantes para que para el año 2020 todos los Estados Miembros obtuvieran el 20% de su consumo final de energía de recursos renovables. En respuesta, los Estados Miembros de la UE adoptaron planes de acción nacionales en materia de energías renovables, en los que destacan sus objetivos para diversos usos de la energía tales como la electricidad, el transporte y la calefacción[11]. En su plan de acción nacional inicial sobre energías renovables, emitido en 2010, los Países Bajos citaron el ahorro de energía, el cambio climático y la necesidad de diversificación energética como impulsores de la innovación y la actividad económica. El plan estableció una serie de instrumentos centrales para lograr este objetivo. Estos instrumentos incluyen esfuerzos para incluir *Verplichting Biobrandstoffen* (biocombustibles con la cuota mínima obligatoria) para el transporte; el *Rijkscoördinatieregeling* (RCR), un plan de coordinación gubernamental que pretende agilizar las licencias de proyectos de infraestructuras energéticas; el *Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, una disposición general de la Ley de Medio Ambiente para aumentar la transparencia y agilizar las instalaciones energéticas de pequeña escala; y el *Voorrang voor duurzaam*, que da prioridad a la energía sostenible en caso de

[10] *Electricity Act*. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment. https://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/law/electricity-act/

[11] *Renewable Energy*. https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy

congestión de la red. También incluyó el *Stimuleringsregeling Duurzame Energieproductie*, un esquema de incentivos para la producción de energía sostenible que es un mecanismo financiero para aumentar el uso de energías renovables en electricidad, calefacción y gas[12].

La UE modificó su directiva de Energías Renovables en 2018 (2018/2001), estableciendo un nuevo objetivo vinculante de energía renovable de al menos 33% para los países miembros, con la posibilidad de una revisión al alza para 2023. Formando parte del paquete de la UE «Energía limpia para todos los europeos», la nueva directiva fue creada para ayudar a la UE a cumplir sus compromisos bajo el Acuerdo de París en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. La directiva requería que los Estados Miembros de la UE crearan planes nacionales energéticos y climáticos de diez años de duración para 2019 a fin de mostrar cómo planean cumplir con estos nuevos objetivos. Cada dos años, los Estados Miembros deben presentar informes que muestren sus avances en el cumplimiento de estos objetivos[13]. En su plan presentado para 2015-2016, los Países Bajos establecieron su objetivo vinculante de que el consumo final bruto de energía provenga de fuentes de energía renovables para 2020 y que sea del 14% y del 16% para 2023[14]. Entre las iniciativas financieras más aplicables para fomentar las renovables, como la energía solar, el gobierno holandés destacó su *Milieukwaliteit van de Elektriciteitsproductie* (calidad ambiental de la producción de electricidad), su esquema de incentivos para la producción sostenible de energía, su concesión de inversión en energía, su plan de proyectos verdes, su programa de sector *top* de energía y el programa Acuerdos verdes. No obstante, en 2017, Holanda seguía intentando cumplir

[12] *The Netherlands National renewable energy action plan*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 10, 7 de setiembre de 2010.

[13] *Renewable Energy*. https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy

[14] Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos. *Reporte de progreso. Energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 4, 10 de julio de 2018.

sus objetivos para 2020, ya que solo el 6,6% de las fuentes de energía procedían de energías renovables[15].

2.2. El mecanismo de calidad ambiental en la producción de electricidad y el esquema de incentivos para la producción de energía sostenible

La iniciativa del mecanismo de calidad ambiental en la producción de electricidad (MCAE) que funcionó entre 2003 y 2006, ofrecía subsidios a los productores nacionales de electricidad procedente de recursos renovables en forma de una prima fija por alimentar a la red[16]. El gobierno holandés puso fin a este programa porque logró cumplir su objetivo del 9% para 2010. Este mecanismo fue sustituido por el esquema de incentivos para la producción de energía sostenible. El nuevo esquema se creó para alcanzar el nuevo objetivo del gobierno holandés de reducir las emisiones de CO_2 en un 30% para 2020[17].

El esquema de incentivos para la producción de energía sostenible reemplazó al MCAE entre 2008 y 2010. Se trataba de un régimen de tarifas de alimentación en el que se publicaba un tope presupuestario junto con un importe base determinado para cada tecnología. Fue sustituido por el esquema de incentivos para la producción de energía sostenible en julio de 2011 para promover estas energías de una manera más rentable. El esquema busca dar seguridad a largo plazo mediante la cobertura de los costos más altos —poco rentables— de los proyectos a través de un

[15] The Netherlands Still Trailing behind on EU Renewable Energy Targets. *DutchNews.nl*, 12 de febrero de 2019. https://www.dutchnews.nl/news/2019/02/the-netherlands-still-trailing-behind-on-eu-renewable-energy-targets/

[16] Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos. *Reporte de progreso. Energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 22, 10 de julio de 2018.

[17] *State aid: Commission authorizes aid scheme to stimulate renewable energy (SDE) in The Netherlands.* Comisión Europea, 21 de diciembre de 2007. https://europa.eu/rapid/press-release_IP- 07-1992_en.htm

sistema de primas de alimentación en el que se paga la diferencia entre el costo de la energía gris y la energía sostenible durante un período no mayor a quince años[18]. Según el esquema de incentivos, el presupuesto de subsidios «ya no se asignará a tecnologías individuales; en cambio, el apoyo financiero será parte de una plataforma general de subsidios, lo cual significa que todas las tecnologías compiten entre sí por la financiación de subsidios» (Wilming, 2013). El esquema de incentivos tiene categorías de financiación separadas para la eólica, la solar, etcétera, las que a su vez tienen subdivisiones. El subsidio se incrementa con cada fase (Bellini, 2019). Esto significa que la energía solar fotovoltaica puede competir con otras tecnologías para obtener fondos de subsidios y no recibir «mayor apoyo diferenciado» (Wilming, 2007).

El esquema de incentivos para la producción de energía sostenible ha aumentado exitosamente la capacidad de producción de energía solar. El programa ya ha colocado 10,5 GW de capacidad de energía solar fotovoltaica (Bellini, 2019). El esquema de subsidios y asignaciones exige la realización de proyectos en un plazo de uno a tres años, después del cual se retiran las asignaciones. La red eléctrica de Holanda no está diseñada para soportar capacidad adicional, y las regiones en las que las redes locales no están diseñadas para transportar grandes volúmenes de electricidad podrían sufrir interrupciones en el servicio. Los operadores de red en las provincias de Groningen, Drenthe y Overijssel afirman que el desarrollo y la capacidad adicional van demasiado rápido y que los esfuerzos para mejorar la red no pueden mantener ese ritmo (Bellini, 2019). En respuesta, el gobierno holandés emitió nuevas restricciones a los subsidios del esquema de incentivos para la producción de energía sostenible (Martin, 2019). Los proyectos nuevos deben contar con la aprobación preliminar de los operadores de red,

[18] Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos. *Reporte de progreso. Energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 21, 10 de julio de 2018.

solicitar formalmente puntos de conexión y aportar documentación que demuestre que existe la capacidad para sus proyectos (Martin, 2019). La industria solar, aunque reconoce la existencia de cuellos de botella en la red, podría perjudicarse como efecto colateral (Martin, 2019). Y también existe la preocupación de que la energía solar fotovoltaica utilice las tierras agrícolas (Bellini, 2019). El parlamento holandés sigue considerando la posibilidad de prohibir los nuevos proyectos solares fotovoltaicos montados en tierra, alegando preocupaciones por el paisaje, la naturaleza y las tierras de cultivo, así como el pequeño tamaño del país, ya que, debido al esquema de incentivos para la producción de energía sostenible, entre 2016 y 2018 la industria se ha duplicado (de 2 GW a 4,15 GW) (Martin, 2019).

El esquema de incentivos para la producción de energía sostenible no incluye proyectos que producen menos de 15 kWp, pero esos sistemas sí pueden beneficiarse de la medición neta (Wilming, 2013). La medición neta ha producido un rápido desarrollo de la energía solar en los Países Bajos y representó el 38% del mercado solar en 2018, aproximadamente 550 MW. No obstante, el gobierno anunció que mantendría su actual sistema de medición neta hasta 2023, para luego comenzar una eliminación gradual del esquema. El gobierno también eliminará gradualmente otros incentivos fiscales, porque se espera que para entonces la energía solar pueda competir con las fuentes de energía de combustibles fósiles sin incentivos fiscales (Bellini, 2019). Las proyecciones indican que la energía solar y la eólica representarán el 60% de la capacidad de los Países Bajos, mientras está previsto que el carbón se elimine gradualmente hasta desaparecer en 2028[19].

[19] GlobalData Energy. *Future of Energy in the Netherlands: Managing the Move to Going Green*. *Power Technology | Energy News and Market Analysis*, 18 de marzo de 2019. https://www.power-technology.com/comment/future-of-energy-in-the-netherlands/

2.3. La concesión de inversión en energía, los proyectos verdes, la energía de sector top, los pactos verdes

Mientras el esquema de incentivos para la producción de energía sostenible y la medición neta son subsidios directos, el gobierno holandés también ha desarrollado mecanismos alternativos de apoyo a las fuentes renovables, como incentivos tributarios y colaboración entre los interesados. La concesión de inversión en energía ofrece a los empresarios deducciones fiscales por sus inversiones en tecnologías de ahorro de energía que utilizan energías renovables. El régimen fiscal es supervisado por la Agencia Empresarial de los Países Bajos, que evalúa los puntos notificados en contra de los requisitos técnicos y administrativos del régimen de concesiones de inversión en energía y certifica que se hayan cumplido los requisitos. La administración fiscal luego determina el subsidio que recibirá el empresario, si lo hubiera.

Bajo el esquema de «proyectos verdes», los consumidores holandeses tienen la opción de comprar valores verdes o acciones de un fondo de inversión verde, con la intención de que los fondos se destinen para proyectos verdes que han sido aprobados por el gobierno holandés. Los consumidores reciben beneficios tributarios y pueden obtener fondos a un interés bajo para proyectos que califican como «beneficiosos para el mundo natural y el ambiente»[20]. Para calificar, los consumidores deben demostrar que su proyecto se llevará a cabo en los Países Bajos y que no podría completarse sin ayuda financiera; y deben obtener una *groenverklaring* (declaración verde) de su banco[21].

El gobierno también creó el programa de energía de sector *top* para promover la innovación como principio rector para impulsar el

[20] Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos. *Reporte de progreso. Energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 21, 10 de julio de 2018.

[21] Green Projects Scheme. *Business.gov.nl*. https://business.gov.nl/subsidy/green-projects-scheme/

crecimiento de determinados sectores. Uno de los nueve principales sectores elegidos para este proyecto es el de la energía. La idea es promover el crecimiento en áreas como las renovables a nivel global para que las empresas dejen de estar motivadas únicamente por las normas y los subsidios. El esquema reúne a personas interesadas de la industria, el gobierno y el mundo académico para formar un equipo de alto nivel para cada uno de los sectores principales, con el fin de aliviar los cuellos de botella relacionados con el conocimiento y la innovación mediante la formación de proyectos piloto. El programa está financiado tanto por el gobierno como por empresas privadas[22]. La finalidad última del programa es cumplir los objetivos al 2050 establecidos en el Acuerdo Nacional de la Energía «para lograr un suministro energético totalmente sostenible y una reducción de CO_2 del 80-95% para el año 2050 en contraste con la situación en 1990»[23].

En 2011, el gobierno holandés desarrolló el plan Pacto Verde para facilitar «las iniciativas de las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, las autoridades descentralizadas y los ciudadanos mediante la eliminación de obstáculos (que pueden estar relacionados con la legislación y la normativa vigente, o el acceso a la financiación, por ejemplo)». La energía forma parte de esta iniciativa y en 2016, de las 208 operaciones realizadas por el esquema, 120 estaban relacionadas con la energía[24].

Dado su limitado espacio, la geografía y el clima, el acceso a la energía eléctrica solar puede resultar difícil para el consumidor holandés. El 43%

[22] Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos. *Reporte de progreso. Energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 22-23, 10 de julio de 2018.

[23] Topsector in General. *Topsector Energie*. https://www.topsectorenergie.nl/en/topsector-general

[24] Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos. *Reporte de progreso. Energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016*. Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea 24, 10 de julio de 2018.

de los hogares holandeses no pueden beneficiarse de los paneles solares en sus casas, porque viven en apartamentos y no son propietarios del edificio o tienen demasiada sombra en su techo[25]. Para abordar esta situación y la preocupación por el espacio limitado sobre el terreno, las comunidades locales y la industria están proponiendo formas de hacer más accesible la energía solar fotovoltaica. Por ejemplo, los ingenieros holandeses están construyendo «lo que sería el mayor archipiélago de islas compuestas de paneles solares de seguimiento solar» en el embalse de Andijk, en el Norte de Holanda, con 73 500 paneles solares (Boffey, 2019). Otro ejemplo es la empresa WeShareSolar, la mayor plataforma de financiamiento colectivo de la UE para proyectos solares comunitarios. WeShareSolar contacta a los propietarios de terrenos con techos adecuados, pero que no cuentan con los fondos necesarios para instalar sistema de paneles solares, con aquellos que cuentan con los fondos necesarios, pero que no tienen un techo adecuado para instalar el sistema solar fotovoltaico[26].

Todos estos incentivos económicos en los Países Bajos son ejemplos de planificación para satisfacer lo que podríamos llamar necesidades ambientales. Ya hemos visto en el capítulo 5 que, a pesar de estos esfuerzos de planificación legal, el público holandés utilizó los litigios para exigir a su gobierno medidas adicionales para hacer frente a la crisis climática.

3. Transmisión y distribución eléctrica en los Estados Unidos

Al igual que los Países Bajos, Estados Unidos cuenta con abundantes recursos energéticos renovables y no renovables. La energía renovable

[25] *Crowdfunding for Community Solar Projects: The Netherlands*. *UNFCCC*. https://unfccc.int/climate-action/momentum-for-change/financing-for-climate-friendly-investment/crowdfunding-for-community-solar-projects

[26] *Crowdfunding for Community Solar Projects: The Netherlands. UNFCCC.* https://unfccc.int/climate-action/momentum-for-change/financing-for-climate-friendly-investment/crowdfunding-for-community-solar-projects

procede de fuentes que «se reabastecen naturalmente, pero con un flujo limitado» y «son prácticamente inagotables en cuanto a su duración, pero limitadas en la cantidad de energía disponible por unidad de tiempo». Las formas más comunes de energía renovable son la biomasa, la energía hidroeléctrica, la geotérmica, la eólica y la solar. Los recursos energéticos no renovables «no se forman ni se reabastecen en un período corto de tiempo». Las formas más comunes de energía no renovable son el petróleo crudo, el gas natural, el carbón y el uranio[27]. Aunque el consumo de energía ha aumentado a lo largo del tiempo en los Estados Unidos, los tipos de energía utilizados han cambiado debido a «los avances tecnológicos, descubrimientos de recursos energéticos, precios de la energía, presiones de la sociedad y otros factores» (King, s/f). A partir de 2017, el sector de la energía eléctrica constituía el principal sector consumidor de energía en el país, con un 38,1%, seguido del transporte (28,8%), la industria (22,4%), uso residencial (6,2%) y el uso comercial (4,5%). Los combustibles fósiles representaron el 77,6% de la producción energética de Estados Unidos en 2017, mientras que la energía renovable solo representó el 12,7% de esa producción. El carbón y el petróleo crudo disminuyeron en general, y las fuentes de energía más limpias, el gas natural y las renovables aumentaron, al punto que las energías eólica y solar alcanzaron una producción récord en 2017[28]. En abril de 2019, la energía renovable superó al carbón por primera vez en la generación de electricidad en los Estados Unidos, en gran parte porque se prevé una mayor infraestructura de energías renovables a medida que las centrales eléctricas de carbón cierran a un ritmo récord (Johnson, 2019).

[27] U.S. Energy Information Administration. *EIA. Independent Statistics and Analysis*. *Renewable Energy Explained*. https://www.eia.gov/energyexplained/

[28] U.S. Energy Information Administration. *EIA. Independent Statistics and Analysis*. *Renewable Energy Explained*. https://www.eia.gov/energyexplained/

Una energía más limpia en los Estados Unidos es el resultado de una combinación de avances tecnológicos, demandas sociales y requisitos legales. La planificación energética de Estados Unidos está dividida entre los gobiernos federal, estatal y local. Los recursos no están disponibles por igual en todo el país, por lo que uno encuentra actitudes, planificación y leyes dispares para las energías renovables en todo el país. La generación de electricidad a base de carbón ha estado en descenso desde su máximo en 2008[29]. Sin embargo, las tendencias locales y regionales varían. Por ejemplo, el carbón en Virginia Occidental representa aproximadamente el 17% del PBI total del estado, da empleo a unos 13 000 mineros y es responsable de otros 25 000 puestos de trabajo en todo el estado (Hamilton, 2018). Allí, el apoyo a la energía renovable es previsiblemente menor.

Aquí vemos un ejemplo concreto de la interfase entre el derecho y la política que se analizó en el capítulo 6. Considerado como parte de una industria «agonizante», los ejecutivos del carbón están tratando de persuadir a los legisladores de que impedir su declive es una cuestión de seguridad nacional (Roberts, 2017). Como recompensa para el apoyo a la campaña política de la industria del carbón, la administración Trump comprometió 39 millones de dólares para la investigación con el fin de mejorar el rendimiento de las plantas eléctricas de carbón (Picchi, 2019). Sin embargo, la industria no pudo convencer a la administración de que utilizara poderes de emergencia en virtud de la Ley Federal de Energía para imponer una moratoria de dos años en el cierre de centrales eléctricas de carbón[30].

En comparación, en California, el aumento del nivel del mar, la erosión costera, los incendios forestales, la escasez de agua y la mala

[29] U.S. Energy Information Administration. *EIA. Independent Statistics and Analysis*. *Renewable Energy Explained*. https://www.eia.gov/energyexplained/

[30] Plea for 2-Year Moratorium on U.S. Coal Plant Closings Lands with a Thud. *Institute for Energy Economics & Financial Analysis*, 22 de agosto de 2017. https://ieefa.org/plea-2-year-moratorium-u-s-coal-plant-closings-lands-thud/

calidad del aire son una realidad cotidiana. Aunque California es el cuarto mayor productor de petróleo crudo de los Estados Unidos y el segundo mayor consumidor de energía de ese país, su consumo per cápita clasifica en el puesto 48 de cincuenta estados debido a sus programas de eficiencia energética. California ocupa el primer lugar en Estados Unidos en cuanto a generación de electricidad de energía solar, geotérmica y de biomasa[31].

El Plan de Energía Limpia anunciado por el expresidente Barack Obama en 2015 habría sido la primera regulación para establecer límites a la contaminación por carbono de las centrales eléctricas de los Estados Unidos. Expedido oficialmente por la AFPA como reglamento en virtud de la Ley de Aire Limpio, el Plan de Energía Limpia debía establecer «índices nacionales de rendimiento de las emisiones de dióxido de carbono para las centrales eléctricas de carbón y de gas existentes», después del cual cada estado podría «adoptar su propio plan —incluyendo límites de emisiones exigibles— para sus plantas de carbón y gas», con el fin de reducir las emisiones provenientes de la electricidad en un 32% por debajo de 2005 para 2030. Si un estado no aplicaba un plan tan riguroso (o más riguroso) que el plan federal, la Agencia de Protección Ambiental hubiera podido regular las centrales eléctricas directamente en esos estados. Previsto para ser introducido gradualmente en 2022 y entrar en pleno vigor en 2030, la normativa del Plan de Energía Limpia habría concedido créditos a los primeros en adoptar la energía renovable a través de un programa de incentivos de energía limpia[32].

Las empresas privadas, la Cámara de Comercio de Estados Unidos (un grupo de interés privado) y los estados productores de carbón presentaron una demanda ante una corte federal en busca de una suspensión y permanencia de emergencia de los requisitos de permisos

[31] *Climate Change Impacts in California*. Departamento de Justicia de California. Oficina del Fiscal General. 20 de julio de 2017. https://oag.ca.gov/environment/impact

[32] What Is the Clean Power Plan? *NRDC*, 29 de mayo de 2019. https://www.nrdc.org/stories/how-clean-power-plan-works-and-why-it-matters#:~:text=Under%20this%20authority%2C%20the%20Clean,and%20gas%2Dfired%20power%20plants

de la regulación del Plan de Energía Limpia de la AFPA (Harvard Law Review, 2016, p. 1152). Tras ver denegadas sus peticiones en las cortes inferiores, los intereses de la industria de combustibles fósiles consiguieron una permanencia temporal de los requisitos de regulación del Plan de Energía Limpia en 2016, pero todo el asunto fue cuestionado más tarde por el cambio de administración ejecutiva, después de las elecciones nacionales en noviembre de 2016. En junio de 2019, la administración ejecutiva sustituyó el CPP por la regla de energía limpia asequible (Irfan, 2019), que ahora también ha sido impugnada. Estos retrasos por disputas legales en la interfase de la política y el derecho (véase el capítulo 6) se adaptan a los intereses contaminantes para continuar con el *statu quo ante* (véase el capítulo 4).

Dentro del contexto del federalismo cooperativo, el fracaso de la federación para adoptar un nivel adecuado dio a los estados el incentivo para actuar. Esa acción ha tomado la forma de 38 estados y el Distrito de Columbia que han promulgado estándares de cartera renovable, que también se denominan «estándares de energía renovable». Aunque varía de un estado a otro, un estándar de cartera renovable tiene la finalidad de establecer objetivos graduales que exijan legalmente a las empresas de servicios públicos que una determinada cantidad de la energía que generen o vendan proceda de fuentes renovables[33].

California ya había establecido un programa de portafolio renovable en 2002, exigiendo que el 20% de todas las comercializaciones minoristas de electricidad fueran servidas por recursos renovables en 2017, y aceleró aún más este requisito en 2015 para alcanzar el 50% para el año 2030, con objetivos intermedios de períodos de cumplimiento de tres años[34]. La legislatura de California actualizó aún más sus requisitos de portafolio renovable en 2018, aumentándolo al 60% para 2030 y

[33] Renewable Energy Standards. https://www.seia.org/initiatives/renewable-energy-standards

[34] Renewable Portfolio Standard (RPS). Program. https://www.cpuc.ca.gov/rps/

exigiendo que toda la electricidad del estado proceda de recursos libres de carbono para 2045. A finales de 2017, los vendedores minoristas de electricidad cumplieron o superaron el objetivo intermedio actualizado del 27% y se espera que alcancen sus objetivos de cumplimiento. Las mayores empresas de servicios de propiedad privada en California sirvieron al 36% de sus clientes minoristas de electricidad en 2017 con energía renovable. La legislación de California requiere que la Comisión de Energía de California elabore un informe energético integrado bienal que evalúe las principales tendencias y problemas energéticos, y proporcione recomendaciones normativas para conservar los recursos, diversificar el suministro de energía y proteger el ambiente[35]. En Virginia Occidental, en contraste, menos del 5% de la generación de electricidad procede de renovables. Parte de esto se debe a la energía hidroeléctrica construida en la década de 1930, que representa el 2% de la generación neta de electricidad del Estado, con la biomasa y la generación solar fotovoltaica contribuyendo cada una con menos del 0,01% a la generación de electricidad a escala de utilidades. En 2009, Virginia Occidental aprobó un programa de estándar de portafolio renovable que exigía a las empresas de servicios privados y a los proveedores minoristas con más de 30 000 clientes residenciales adquirir el 25% de sus ventas eléctricas minoristas a partir de recursos de energía renovable para 2025. Sin embargo, en otro episodio de la política interactuando con la ley, en 2015 Virginia Occidental se convirtió en el primer estado en derogar su portafolio de energía renovable[36].

El valor que imparten los estados sobre los recursos energéticos renovables como la energía solar, se basa en gran medida en los beneficios económicos esperados. Esto se evidencia en la forma en que los gobiernos

[35] California Energy Commission. *Integrated Energy Policy Report. IEPR*. https://www.energy.ca.gov/data-reports/report s/integrated-energy-policy-report

[36] *Renewable Energy.* WV Office of Energy. https://energywv.org/wv-energy-profile/renewable-energy

estatales varían el uso de las energías renovables como la solar distribuida, es decir, la solar fotovoltaica. En Estados Unidos, los gobiernos federal y estatal solo fijan los parámetros relativos a incentivos económicos con las energías renovables, porque la teoría económica de los Estados Unidos indica que el usuario final, es decir, el consumidor, sea quien dicte en última instancia su dirección.

3.1. Fotovoltaico solar (FVS)

Para facilitar el modelo económico de Estados Unidos en cuanto a incentivos para las renovables como la energía solar fotovoltaica, es necesario entender cómo opera un sistema eléctrico. La transmisión de electricidad en Estados Unidos se genera principalmente a distancia, en grandes estaciones centrales, se transmite a través líneas de alto voltaje, y luego se reduce el voltaje para la distribución local y la entrega a clientes[37]. El «núcleo» de cualquier sistema eléctrico es la red, que es «una red de alta ingeniería que coordina la producción y el suministro de energía a los clientes»[38]. La red eléctrica de Estados Unidos, creada hace más de un siglo, consta de más de 9200 unidades de generación eléctrica con más de un millón de MW de capacidad de generación conectados a más de 300 000 millas de líneas de transmisión[39].

Las líneas de transmisión pueden pertenecer a servicios públicos de propiedad privada, empresas de servicios públicos de electricidad o servicios públicos de propiedad de cooperativas, y su negocio y posible

[37] *E21 Initiative Phase II Report: On implementing a framework for a 21*st *century electric system in Minnesota.* Great Plains Institute. https://e21initiative.org/wp-c ontent/uploads/2018/01/e21_Initiative_PhaseII_Report_2016.pdf (p. 69).

[38] Departamento de Energía de los Estados Unidos. *Quadrennial Review Report. Chapter III: Modernizing the Electric Grid*. https://energy.gov/sites/prod/files/2015/08/f25/QER%20Chapter%20III%20Electricity%20April%202015.pdf (pp. 3-4).

[39] Departamento de Energía de los Estados Unidos. *The Smart Grid: An Introduction*. https://energy.gov/sites/prod/files/oeprod/DocumentsandMedia/DOE_SG_Book_Single_Pages%281%29.pdf (p. 5).

fuente de ganancias depende del desarrollo y operación de la transmisión. La distribución significa la entrega de energía desde el sistema de transmisión hasta los usuarios finales de electricidad mediante la conexión del sistema de transmisión a líneas de distribución secundarias que llevan la energía a los clientes[40]. La generación distribuida se refiere a «una variedad de tecnologías que generan electricidad en el lugar o cerca del lugar donde se va a utilizar, como paneles solares y la combinación de calor y energía»[41].

En una demostración más de federalismo cooperativo, la Comisión Federal de Regulación de Energía (CFRE) regula la transmisión y las ventas al por mayor de electricidad en el comercio entre cualquier combinación de los cincuenta estados de los Estados Unidos. Las comisiones estatales de servicios públicos regulan la venta de electricidad minorista a los consumidores y aprueban la construcción física de instalaciones de generación eléctrica[42]. Los mercados de electricidad están organizados y gestionados por entidades regionales de supervisión que administran el mercado mayorista y fomentan la confiabilidad en la forma de operadores de sistemas independientes y organizaciones regionales de transmisión (Caspary, 2019). Tanto los operadores de sistemas independientes como las organizaciones regionales de transmisión suelen abarcar varios estados y provincias de Estados Unidos y Canadá, y tienen por objeto facilitar la cooperación y la no discriminación, promover la fiabilidad, gestionar la interconexión y nuevas cargas, y aumentar la transparencia y proteger contra los abusos del mercado (Caspary, 2019). La Corporación Norteamericana de Confiabilidad Eléctrica ejerce como la organización de confiabilidad eléctrica para todo Estados Unidos. La Corporación es

[40] Departamento de Energía de los Estados Unidos. *Quadrennial Review Report. Chapter III: Modernizing the Electric Grid*. https://energy.gov/sites/prod/files/2015/08/f25/QER%20Chapter%20III%20Electricity%20April%202015.pdf

[41] *Distributed Generation of Electricity and Its Environmental Impacts*. AFPA. https://www.epa.gov/energy/distributed-generation-electricity-and-its-environmental-impacts

[42] *About FERC - What FERC Does*. https://www.ferc.gov/about/ferc-does.asp

una autoridad reguladora internacional sin fines de lucro que establece normas de confiabilidad y seguridad para Estados Unidos, Canadá y partes de México[43].

A pesar de sus muchas ventajas, las tecnologías renovables desafían el estado actual, en particular el modelo de negocio de las empresas de servicios públicos en lo que respecta a transmisión y distribución. Los actores tradicionales en electricidad se enfrentan a una red fundamentalmente diferente en el futuro, en la cual, eventualmente, nuevas tecnologías permitirán operaciones más limpias y baratas[44].

La energía solar fotovoltaica no solo aumenta el acceso a una energía más limpia, sino que también puede contribuir a aumentar la confiabilidad de la red. Aunque el sistema eléctrico de los Estados Unidos es fiable en un 99,97%, los cortes de electricidad cuestan al país un mínimo de $150 mil millones de dólares al año[45]. Mientras que Estados Unidos tiene un sistema de red en general confiable, cuando se compara estadísticamente con otras naciones, la red de Estados Unidos no cumple necesariamente las expectativas. El mejoramiento del sistema de suministro de energía a través de mejoras en la red solo puede servir para mejorar la resiliencia del sistema, y ayudar a acelerar la recuperación de los cortes relacionados con el clima. Un repunte en las interrupciones relacionadas con el clima, combinado con infraestructuras envejecidas y falta de liderazgo en los sectores público y privado han impedido que la red eléctrica estadounidense alcance todo su potencial. Como la generación distribuida puede atender a los consumidores sin líneas

[43] *History of NERC*. North American Electric Reliability Corporation. https://www.nerc.com/AboutNERC/Documents/History_Dec12.pdf

[44] Departamento de Energía de los Estados Unidos. *Quadrennial Review Report. Chapter III: Modernizing the Electric Grid*. https://energy.gov/sites/prod/files/2015/08/f25/QER%20Chapter%20III%20Electricity%20April%202015.pdf (pp. 3-4).

[45] Departamento de Energía de Estados Unidos. *The Smart Grid: An Introduction*. https://energy.gov/sites/prod/files/oeprod/DocumentsandMedia/DOE_SG_Book_Single_Pages%281%29.pdf (p. 5).

externas, es mucho menos vulnerable a los tipos de interrupciones del servicio relacionadas con el clima que afectan a los sistemas de servicios eléctricos. Reconociendo los beneficios de la energía solar fotovoltaica, la mayoría de los estados han promulgado algún tipo de esquema de compensación o tarifa para recompensar a consumidores por generar su propia energía solar. En particular, los programas de medición neta, tarifas de alimentación, valor de la energía solar y medición virtual están brindando oportunidades a los consumidores para que aprovechen esta tecnología.

3.2. Medición neta

Las tarifas que cobran los servicios públicos «normalmente se ajustan a un procedimiento de fijación de tarifas en el que una entidad de servicios públicos considera cuál podría ser el costo razonable de los diversos componentes del suministro de electricidad, la Comisión Federal de Regulación de Energía regula los precios al por mayor en el comercio interestatal, y las juntas de servicios públicos estatales fijan las tarifas de los servicios públicos estatales y otras regulaciones (Hanna, 2015, p. 138). Dentro del procedimiento de fijación de tarifas, los estatutos de medición neta son el incentivo económico más común que los estados ofrecen para la energía solar fotovoltaica en los Estados Unidos. La medición neta es un «mecanismo de facturación que compensa a los propietarios de sistemas de energía solar por la electricidad que exportan a la red»[46]. En la medición neta, los productores de energía solar, como los propietarios de viviendas con sistemas solares en sus techos conectados a la red, pueden «acumular» como crédito cada kilovatio-hora (kWh) de generación solar que no se consuma de inmediato y se les permite utilizar los créditos acumulados para compensar el consumo de energía suministrada por su servicio eléctrico en los momentos en que sus sistemas sobre los techos

[46] *Rooftop Solar*. https://www.seia.org/policy/distributed-solar

no cumplan con sus necesidades energéticas inmediatas (White, 2015, p. 1096). Para que la medición neta sea efectiva, el sistema de distribución eléctrica debe gestionar y controlar un flujo de energía bilateral[47].

Los críticos de la medición neta argumentan que los resultados de la medición neta resultan en costos más elevados para todos los consumidores, al aumentar las tarifas de electricidad para todos los demás (Warrick, 2015). Esto se debe a las elevadas tarifas que se pagan y que no contribuyen directamente a los costes asociados a la utilización de la red. Las empresas de electricidad están obligados a comprar esta energía, aunque les costaría menos producir la electricidad ellos mismos o comprarla en el mercado mayorista a otros proveedores de electricidad. Los consumidores con sistemas de generación distribuida siguen utilizando la infraestructura de la red de la empresa para comprar y vender electricidad. Aunque los consumidores de energía solar en techos evitan pagar por la energía de la empresa que no utilizaron, los proveedores de electricidad con fines comerciales se quejan de que los consumidores de energía solar en techos «también evitan pagar todos los costos fijos de la red que suministra energía cuando la necesitan o toman el exceso de energía que vuelven a vender a la empresa»[48]. Estos costos para la empresa de servicios pueden incluir la distribución, la transmisión, gastos de operación y mantenimiento de la empresa, gastos administrativos y generales de la empresa, impuestos y otros cargos de beneficio público (Rose & Meeusen, 2006, p. 36).

Quienes proponen la medición neta argumentan que ella hace más accesible la energía solar, refuerza la confiabilidad y reduce las emisiones de carbono. La medición neta ha compensado los costos de

[47] *Solar Energy and Net Metering*. Edison Electric Institute. https://www.eei.org/issuesandpolicy/generation/NetMetering/Documents/Straight%20Talk%20About%20Net%20Metering.pdf

[48] *Solar Energy and Net Metering*. Edison Electric Institute. https://www.eei.org/issuesandpolicy/generation/NetMetering/Documents/Straight%20Talk%20About%20Net%20Metering.pdf

instalación «reduciendo drásticamente las facturas de electricidad para compensar los $10 000 a $30 000 dólares que cuestan los paneles de techos» (Warrick, 2015). Además, los que están a favor de la energía solar fotovoltaica argumentan que «los usuarios solares también ahorran dinero a las empresas de servicios públicos de diversas maneras, reduciendo la cantidad de energía que las empresas de servicios públicos deben generar o comprar a las centrales eléctricas convencionales, disminuyendo la necesidad de las empresas de servicios públicos de realizar grandes inversiones de capital y aumentando la resiliencia de la red» (Leslie, 2016).

Es difícil determinar si la medición neta es beneficiosa para los no participantes, ya que los resultados de varios estudios no se pueden comparar entre sí, porque utilizan diferentes conjuntos de variables (Flores-Espino, 2015). Ciertamente, se beneficia el clima para todos, si no sus cuentas bancarias. Estudios de las legislaturas estatales y de las comisiones reguladoras han encontrado por lo general que la mayoría de la medición neta no impone un costo significativo a los no participantes en los actuales niveles de penetración. California ha constatado que la medición neta impone costos a todos sus contribuyentes, mientras que Mississippi encontró beneficios para su población en general (Flores-Espino, 2015). Aunque la mayoría de estados en EE.UU. cuentan con medición neta, los estatutos y reglamentos varían, al igual que su aplicación[49].

3.3. Tarifas de alimentación

Menos popular que la medición neta es el concepto de tarifas de alimentación. Las tarifas de alimentación exigen a los servicios públicos o los compradores mayoristas que compren la energía renovable a tarifas fijadas por el gobierno (Lieben, 2012, p. 161). Las tarifas de

[49] *Net Metering*. https://www.seia.org/policy/distributed-solar/net-metering

alimentación son más comunes en otras partes del mundo que en los Estados Unidos, donde solo se exigen en seis estados. Ese hecho hace que las tarifas de alimentación sean un buen indicador para comparar el sistema estadounidense, determinado económicamente, con el control gubernamental de interés público en otros países, ya que las tarifas de alimentación se basan en rendimiento en lugar de inversión. La energía generada por el sistema de un cliente de una empresa de servicios públicos se compensa con la tarifa establecida por tarifas de alimentación en lugar de la tarifa eléctrica minorista. En comparación, en la medición neta al cliente de la empresa de servicios públicos «se le paga efectivamente la tarifa minorista por cualquier generación que es retroalimentada a la red»[50].

Las tarifas de alimentación no son impuestos o aranceles como se entienden comúnmente en Estados Unidos, sino un subsidio para la energía renovable financiado por el consumidor (Lieben, 2012, p. 161). Las tarifas de alimentación funcionan mediante contratos de compra a largo plazo exigidos por la ley, ofrecidos por el gobierno a los generadores de energía renovable «a precios mayoristas, devolviéndoles el costo de la instalación más una ganancia razonable» (p. 157). Logran aumentar la generación de energía renovable porque el precio fijado por el gobierno «fomenta la producción y el uso, mientras que los costos se transfieren al consumidor» (p. 161). Aunque las tarifas de alimentación pueden «aumentar los costos para los consumidores que terminan pagando la factura», los que están a favor del mecanismo argumentan que, a largo plazo, las tarifas de alimentación contribuyen a reducir la dependencia de los combustibles fósiles, ayudan a las empresas de servicios públicos a estar al día con la demanda de electricidad en aumento, estabilizan los mercados de energía y protegen las redes eléctricas de interrupciones al

[50] U.S. Energy Information Administration – EIA – Independent Statistics and Analysis. En *Feed-in Tariff: A Policy Tool Encouraging Deployment of Renewable Electricity Technologies - Today in Energy-U.S. Energy Information Administration (EIA)*, https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=11471

fomentar la generación distribuida. Al permitir la participación de los ciudadanos y las empresas, las tarifas de alimentación tienden a reducir la oposición social al desarrollo de las energías renovables (pp. 161-164).

En California, las tarifas de alimentación del Distrito Municipal de Servicios Públicos de Sacramento, que se creó en 2010, no se ha ampliado, porque el establecimiento de tarifas de alimentación requiere que las empresas de servicios públicos ofrezcan un precio fijo por la energía generada, y la continua caída de los costos solares significa que existe el riesgo de que las empresas de servicios públicos tengan que pagar más de lo necesario por la energía solar generada (Trabish, 2016).

3.4. Tarifas de valor de la energía solar

Entre Virginia Occidental y California se encuentra Minnesota. La tarifa de valor de la energía solar es una opción en Estados Unidos, pero solo en Minnesota y Texas. Conforme a una tarifa de valor de la energía solar, los consumidores siguen comprando toda su energía a la tarifa minorista de la empresa de servicios públicos, pero se les remunera por su generación de energía solar fotovoltaica a una tarifa de valor distinta en dólares por kilovatio hora ($/kWh). El beneficio de este enfoque es que permite a las empresas de servicios públicos comprender mejor la carga, el tiempo y el volumen de los clientes[51]. También ayuda a las empresas de servicios públicos a evitar la compra de energía de fuentes contaminantes, contribuye a crear capacidad para satisfacer las necesidades energéticas máximas, proporciona energía a largo plazo a un precio fijo y reduce el desgaste de la red eléctrica y el sistema de transmisión (Farrell, 2014). Además, los clientes reciben una compensación basada en los beneficios y costos de su generación en lugar de una tarifa fija que puede cubrir muchas regiones.

[51] *Value of Solar Tariffs*. https://www.nrel.gov/state-local-tribal/basics-value-of-solar-tariffs.html

Minnesota fue el primer estado de Estados Unidos en adoptar la medición neta en 1983 y fue el primer estado en aprobar tarifas de valor en 2014 (Miller, 2016, pp. 177, 180). El estado adoptó oficialmente las tarifas de valor de energía solar en julio de 2016 (Jossi, 2016). Su sistema de medición neta se aplica a todas las empresas de servicios públicos propiedad de inversores, servicios públicos municipales y cooperativas eléctricas[52]. Los clientes con tarifas de valor ceden a los servicios públicos el exceso de generación neta, las empresas de servicios públicos elijen si adoptan tarifas de valor o mantienen la medición neta, y la empresa de servicios públicos obtiene automáticamente créditos por energía solar renovable, sin que estos créditos vayan al consumidor (Farrell, 2014).

La legislación de Minnesota sobre las tarifas de valor de la energía solar exige que el método de valoración de la energía sea establecido por personas interesadas, con experiencia y conocimientos en sistemas de energía, energía solar y tarificación de servicios eléctricos[53]. Utilizando la ley de habilitación, las aportaciones de personas interesadas y orientación de su propio personal, el Departamento de Comercio de Minnesota ha diseñado un método para calcular la tarifa para la Comisión de Servicios Públicos de Minnesota (Farrell, 2014). Un componente único del método de Minnesota se conoce como «costos ambientales evitados». La determinación del costo estuvo basada en estimaciones estatales y federales, calculando los costos del dióxido de carbono, material particulado y dióxido de nitrógeno, una característica significativa que incluye expresamente el valor ambiental de la energía solar dentro de tasa de compensación del cliente (Miller, 2016, p. 184).

El sistema de tarifas de valor para la energía solar es bastante nuevo y las empresas de servicios públicos no están sujetas a él, pero pueden

[52] Departamento de Energía de Estados Unidos. *The Smart Grid: An Introduction*. https://energy.gov/sites/prod/files/oeprod/DocumentsandMedia/DOE_SG_Book_Single_Pages%281%29.pdf

[53] Minn. Stat. Section 216B.154 Subdiv. 10(e).

adoptarlas de forma voluntaria (Trabish, 2014). El método añade una capa de complejidad, porque su valor ambiental se convierte en otra obligación que deben supervisar los reguladores (Miller, 2016, p. 185). Siendo el cálculo más controversial, los costos ambientales evitados son ahorros calculados de carbono que «son diferentes de los ahorros reales para la empresa de servicios públicos, ya que no existe un precio de carbono funcional en Minnesota o en la región». Por lo tanto, es difícil saber si el componente de carbono es caro o barato en relación con un precio de mercado transparente (Taylor, 2016). Además, al intentar encontrar terreno común entre el costo evitado de la empresa de servicios públicos y las tarifas minoristas, la tarifa de valor de energía solar, tal y como está actualmente, «supera las actuales tarifas minoristas para los usuarios residenciales». A partir de marzo de 2018, ninguna empresa de servicios públicos las había adoptado en lugar de la medición neta (Miller, 2016, p. 186).

3.5. Energía solar comunitaria y medición neta virtual

Veinticinco estados de en los Estados Unidos tienen al menos un proyecto solar comunitario en línea[54]. Jardines solares comunitarios son sistemas fotovoltaicos solares que «son más grandes, tanto por la capacidad de generación disponible y la superficie, y permiten a los clientes que no pueden o eligen no tener fotovoltaico solar en el techo a participar en un programa solar»[55]. En los programas solares comunitarios, en lugar de que los consumidores tengan paneles solares en sus techos, las empresas de servicios públicos crean un parque solar o trabajan con un desarrollador. Los consumidores, en cambio, pueden comprar un panel o una participación en el sistema solar comunitario

[54] *Community Solar*. https://www.seia.org/policy/distributed-solar/shared-renewables com munity-solar

[55] Distributed Energy Resources, noviembre de 2016. https://pubs.naruc.org/pub/19FDF48B-AA57-5160-DBA1-BE2E9C2F7EA0 (p. 46).

(Ahlen, 2016). La medición neta virtual es un sistema de acreditación de facturación específicamente para la energía solar comunitaria, en el que los consumidores reciben créditos en su factura eléctrica por el exceso de energía producida por los consumidores que comparten el jardín solar (Richardson, 2019). Las regulaciones de medición neta virtual varían según el estado y la empresa de servicios públicos (Beiler, s/f).

3.6. Disrupción y oportunidad

La medición neta, las tarifas de alimentación, el valor solar y solar virtual significan cosas diferentes para los distintos estados. Por un lado, esto es útil, porque cada estado es diferente en términos de geografía, topografía, clima, cultura y economía. Todos estos esquemas nuevos y en evolución están dificultando que las empresas de servicios públicos continúen con sus métodos tradicionales de hacer negocios. La generación distribuida «está poniendo el modelo tradicional de cabeza con la tendencia de apartarse de la generación grande y centralizada conectada al sistema de transmisión interestatal de construcción, hacia la construcción e integración de nuevos recursos en la red de distribución y conectados a ella»[56]. El rápido aumento de los recursos energéticos distribuidos significa que «los actuales modelos regulatorios y de servicios públicos son una restricción para abordar eficazmente el crecimiento de los recursos energéticos distribuidos y sus impactos en los marcos regulatorios y los servicios públicos»[57]. Dado que los recursos energéticos distribuidos como la fotovoltaica solar son cada vez más frecuentes, reducen la necesidad para que las empresas de servicios públicos amplíen sus operaciones (Leslie, 2016).

[56] Distributed Energy Resources, 2016. https://pubs.naruc.org/pub/19FDF48B-AA57-5160-DBA1-BE2E9C2F7EA0 (p. 42).

[57] Distributed Energy Resources, 2016. https://pubs.naruc.org/pub/19FDF48B-AA57-5160-DBA1-BE2E9C2F7EA0 (p. 59).

Aunque es posible que los consumidores se retiren de la red, en realidad el hacerlo a estas alturas es complejo, caro y poco práctico (Aggarwal, 2019). Las nuevas tecnologías ofrecen a las empresas de servicios públicos la oportunidad de evolucionar junto con sus clientes. La creación de una empresa de servicios públicos centrada en el consumidor lograría un uso más eficiente de los recursos energéticos distribuidos, junto con los activos tradicionales de generación, transmisión y distribución. Una empresa de servicios públicos centrada en el consumidor también empodera a los consumidores al facilitar nuevas ofertas de servicios que se adaptan a las condiciones locales y a las preferencias específicas del consumidor. Esto ayuda a los proveedores de servicios públicos a evolucionar a la vez que gestionan el riesgo, y permite a los consumidores aprovechar al máximo los recursos energéticos distribuidos (Ahlen, 2016).

4. Comparación de las funciones de los incentivos económicos para la protección ambiental

La comparación de dos culturas, en este caso la de Estados Unidos y la de los Países Bajos, no significa elegir un ganador o un perdedor. No significa que un país deba seguir al otro. Se trata de examinar los temas y matices que afectan a los países en un área determinada y cómo eso les ayuda a funcionar. Lo que se ha examinado en este capítulo es solo una pequeña parte de las cuestiones que rodean la interjección de renovables, en este caso la fotovoltaica solar, en la red eléctrica de un país. No pretende ser exhaustivo. En cambio, pretende ofrecer al lector una visión general de algunas de las consideraciones técnicas y políticas a las que se enfrentan estos países al promover el uso de nuevas tecnologías a través de incentivos financieros.

Estados Unidos y los Países Bajos comparten valores culturales y demográficos. Por tanto, no debe ser sorprendente que, en gran parte, lo que les motiva a adoptar las tecnologías renovables es la abrumadora

voluntad o demanda de sus ciudadanos por una energía más limpia. Pero se enfrentan a razones considerablemente diferentes de los que protestan por la adopción de renovables. En Estados Unidos, los productores de carbón y sus electores son algunos de los principales impulsores a la oposición de energías renovables en la red. Mientras que Estados Unidos está lleno de vastos espacios, en Holanda más preocupa cómo las fuentes renovables afectarían el limitado espacio disponible. También se enfrenta a la inevitabilidad de despedirse de sus antiguas reservas de gas, mientras Estados Unidos está en pleno auge con el reciente descubrimiento de las suyas. Ambos países se enfrentan al reto de cómo integrar las energías renovables en un sistema de red que no fue construido para aceptarlas.

Mientras los Países Bajos tienen una obligación general con la UE de reducir sus emisiones, los estados individuales de Estados Unidos no tienen el mismo tipo de presión por parte del gobierno federal estadounidense. Los Países Bajos están motivados para alcanzar ciertos objetivos junto con varios otros Estados Miembros para cumplir con las metas del Acuerdo de París, mientras que los Estados Unidos están retrocediendo lentamente de esas metas acordadas. El gobierno holandés entonces está cumpliendo con estos compromisos, ayudando a la industria y a las comunidades locales a colaborar con métodos para lograrlo. En Estados Unidos, los estados individuales y las comunidades locales están asumiendo ellos mismos la adopción de enfoques más rigurosos para reducir las emisiones de carbono al fomentar el uso de renovables. En los Países Bajos, es más un enfoque descendente, mientras Estados Unidos está adoptando un enfoque más ascendente.

En ambos países, el compromiso de los consumidores es clave para que funcione cualquier tipo de plan de incentivos para las fuentes renovables. Como se ha visto en el valor del programa solar en Minnesota, las empresas de servicios públicos no están dispuestas a adoptar medidas para acogerse a nuevos programas si su costo resulta excesivo. Asimismo, la sensibilización y el acceso de los consumidores determinan el éxito de

estos programas. Al planificar la integración de la energía limpia en la red, es necesario que los reguladores examinen las estructuras tarifarias «para que valoren adecuadamente tanto la capacidad como la energía»[58]. Los reguladores de ambos países también deberían reconocer que, a medida que disminuyen los costos de las renovables como fotovoltaica solar, los consumidores desean tener más control sobre su uso de energía y siguen exigiendo un servicio eléctrico seguro y accesible. Por lo tanto, ayudaría a los reguladores a crear políticas centradas en el consumidor que den a estos un mayor acceso a un conjunto de recursos (Ahlen, 2016).

Tanto en Estados Unidos como en los Países Bajos, lo que finalmente impulsa la adopción de incentivos económicos es si cumplen una función. A pesar de sus dificultades, los incentivos económicos están ayudando a reducir las emisiones de carbono y están proporcionando un camino hacia la confiabilidad eléctrica y la seguridad energética. Estos incentivos económicos están ayudando a ambos países a lanzar nuevas industrias y nuevos puestos de trabajo. Su mayor éxito llegará cuando estos incentivos ya no sean necesarios y las energías renovables, como la solar fotovoltaica sean autosuficientes.

5. Conclusiones

Para la mayoría de las culturas del mundo actual, la vida sin electricidad sería impensable. Durante décadas, el uso de combustibles más sucios como el carbón se consideró esencial para la generación de electricidad. Aunque habían opciones más limpias disponibles como el gas natural o las energías renovables, su uso se consideraba poco práctico y de costo prohibitivo. Aunque este argumento se sigue sosteniendo en algunos círculos, la realidad es que las opciones energéticas más limpias, incluidas las renovables, no solo son más accesibles, sino también cada

[58] *Integrating the Grid.* Electric Power Research Institute. https://www .epri.com/abstracts/Pages/ProductAbstract.aspx?ProductId=000000003002002733&Modedownload

vez más costo-eficientes, especialmente si se incluyen los beneficios a largo plazo para el clima y la salud humana. Los avances tecnológicos y los incentivos económicos permitidos por la ley los están haciendo más competitivos. En los Países Bajos, los ciudadanos holandeses y la UE son las fuerzas motoras de este esfuerzo. Estados Unidos es mucho más dispar en sus motivaciones, en parte debido a su gran tamaño y a la falta de una dirección clara a nivel federal. No obstante, algunos estados norteamericanos como Minnesota están adoptando un enfoque práctico hacia las renovables, reconociéndolas como parte integrante del futuro de la electricidad.

Capítulo 9
Sistemas de evaluación de impacto ambiental

Dennis Agelebe, Marek Prityi y Jorge Ignacio García Nielsen

1. Introducción

El surgimiento de los conceptos de evaluaciones de impacto ambiental (EIA) y de las declaraciones de impacto ambiental (DIA) puede entenderse como el resultado de esfuerzos por diseñar herramientas para encaminar los procesos de planificación y toma de decisiones con un impacto en el ambiente, la salud y la seguridad de las personas (Caldwell, 1988, pp. 75-76). La disposición de las culturas comparadas en este capítulo es cronológica, en función del momento en el cual cada una adoptó alguna de estas herramientas. Por tanto, se analiza a los Estados Unidos antes que la Unión Europea regional, y la UE antes que el derecho internacional, porque ese fue el orden cronológico de su desarrollo. A partir de ello podemos observar una lección importante para el derecho comparado tipo I en la práctica, y es que los Estados individuales no solo pueden influir directamente en otros Estados individuales, sino también en el derecho público internacional. A su vez, se pueden realizar comparaciones de tipo II sobre cómo los Estados se ajustan a los compromisos comunes según el derecho internacional en este ámbito.

El concepto subyacente es que una DIA o EIA protege el ambiente al obligar a una persona a considerar todos los impactos ambientales antes de emprender una acción, asumiendo que sin haber pasado por el ejercicio de completar una DIA o EIA, la persona podría no haber reconocido las ramificaciones ambientales del proyecto o proceso propuesto. El proyecto o proceso puede pertenecer a una amplia gama de posibilidades, desde la construcción de una nueva planta de producción hasta el aumento de una de las operaciones de producción de energía descritas en el capítulo 8.

La evaluación de impacto ambiental se adoptó por primera vez en los Estados Unidos a principios de los años setenta, y ahora cuenta con casi cincuenta años de experiencia (Glasson, 2013, p. 3). El invento de la declaración de impacto ambiental fue precedido por la rápida urbanización e industrialización de los países occidentales, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. Había la necesidad de reconstruir, reinvertir y reactivar la economía por parte de los países occidentales, lo que dio lugar a la explotación arbitraria de los recursos naturales, provocando así contaminación, baja calidad de vida y degradación ambiental. En respuesta a los llamados a planes y acciones que garanticen el uso responsable y seguro del ambiente, Estados Unidos promulgó legislación de la DIA, convirtiéndose en el primer país en utilizarla como herramienta para la protección ambiental.

Aunque Estados Unidos no ha consagrado explícitamente el principio precautorio en la ley como lo ha hecho Alemania, por ejemplo, la noción de la DIA se percibe como el principio precautorio en la práctica. La gran limitación legal de la DIA en Estados Unidos es que el gobierno ha impuesto el requisito solo a sí mismo y a sus contratistas a través de la Ley de Política Ambiental Nacional. La DIA original de Estados Unidos no era necesaria para los particulares antes de emprender acciones que pudieran dañar el ambiente.

Además de la teoría de que el ambiente estaría mejor protegido cuando se exige a los posibles contaminadores que demuestren primero

que sus proyectos no van a contaminar ni a infringir la ley, hay al menos dos ventajas legales en exigir una DIA antes de empezar o cambiar una estructura o proceso. Primero, la gran ventaja jurídica del principio precautorio y la EIA es, en la práctica, que desplaza la carga de la prueba del defensor, de la necesidad del Estado de demostrar que una persona ha infringido la ley a la necesidad de la persona de demostrar que los proyectos o procesos previstos no infringirán la ley. Se trata en gran medida de una cuestión probatoria, pero en un sistema adverso como el de Estados Unidos es extremadamente importante para las partes. Segundo, la EIA añade una serie de normas a las que un nuevo operador o proceso debe ajustarse, aunque sea una serie de normas autoimpuestas. Esto supone que siempre es más fácil que se produzca un debate entre los ciudadanos, el operador y el Estado cuando el objeto del debate ha sido descrito de forma estandarizada.

Entre todas las formas de herramientas de protección ambiental disponibles para los Estados a través de la ley, ¿cuál es la función de la EIA? A diferencia de los controles que sancionan a los infractores después del hecho, la EIA se creó para pasar la carga del Estado al individuo, utilizando el principio precautorio, y de probar que había ocurrido un daño después del hecho a la prueba de que ningún daño ocurría antes del hecho. El objetivo de una EIA es «contribuir a la concienciación ambiental entre los proponentes y las autoridades competentes y a la protección ambiental exigiendo la evaluación *ex ante* de los impactos ambientales de una amplia gama de iniciativas públicas y privadas» (Runhaar, 2013, p. 13). Según la Asociación Internacional para la Evaluación de Impactos, la EIA tiene una doble característica: por un lado, es una herramienta para proporcionar información ambiental y, por otro, es un «procedimiento institucional vinculado al proceso de toma de decisiones de una intervención planificada». Siguiendo esta interpretación, la Asociación establece cuatro objetivos para la EIA. En primer lugar, debe proporcionar información para la toma de decisiones que analice las consecuencias biofísicas, sociales, económicas

e institucionales de las acciones propuestas. En segundo lugar, la EIA debe «promover la transparencia y la participación pública en la toma de decisiones» (IAIA, 2009). En tercer lugar, una EIA identifica «procedimientos y métodos para el seguimiento (control y mitigación de las consecuencias adversas) en los ciclos de políticas, planificación y proyectos». Y, en cuarto lugar, una EIA contribuye «a un desarrollo ambientalmente sólido y sostenible» (IAIA, 2009).

No obstante, hay que tener en cuenta que «la EIA es una medida de ayuda para la toma de decisiones. No es un sustituto para la toma de decisiones, pero sí ayuda a aclarar algunas de las concesiones asociadas a una acción de desarrollo propuesta, que debería conducir a una toma de decisiones más informada y estructurada» (Glasson, 2013, p. 7). Existe un amplio consenso sobre el objetivo principal de la EIA, que es influir en los procesos de toma de decisiones de los órganos reguladores y de autorización, proporcionando información ambiental sobre las consecuencias del desarrollo. El reto ha sido conectar el proceso de la EIA con su objetivo, mejorando efectivamente la toma de decisiones en función de la información ambiental proporcionada.

Muchos especialistas han comparado las similitudes en los métodos y los principios básicos en las EIA en todo el mundo (Bremer, 2017, p. 80). Existen variaciones culturales en la estructura y aplicación de la EIA, como diferencias entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo, la forma de gobierno, así como las diferentes tradiciones en la práctica del derecho (Abaza, 2004, p. 17). Específicamente, estos factores incluyen los antecedentes históricos y geográficos de los países, la experiencia y la cooperación entre administraciones estatales, lo que también se relaciona con la aceptación histórica y cultural de la influencia occidental, la participación en organizaciones internacionales y supranacionales y en acuerdos internacionales, y, en el caso de los países en transición y en vías de desarrollo, el alcance de la ayuda internacional (Cherp, 2001, pp. 357, 371).

La experiencia también ha expuesto las deficiencias en los procedimientos de EIA. Entre ellas se encuentran limitaciones en la participación del público en los procedimientos de toma de decisiones, particularmente con respecto a las comunidades rurales o aisladas, insuficiente compresión de los procedimientos de EIA por parte de la administración estatal y el público, un marco legal e institucional inadecuado, sumado a una ejecución insatisfactoria de las leyes y una falta de coordinación entre las diversas agencias a nivel nacional y local (Abaza, 2004, p. 16).

Una tercera herramienta es la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Todas estas herramientas —la DIA, la EIA y la EAE— pueden ser descritas como «enfoques estructurados para obtener y evaluar la información ambiental antes de utilizarla en la toma de decisiones» (p. 6). La EAE específicamente ha sido definida como «un proceso formalizado, sistemático y exhaustivo de identificar y evaluar las consecuencias ambientales de políticas, planes o programas propuestos para garantizar que se incluyan en su totalidad y se aborden adecuadamente en la etapa más temprana posible de la toma de decisiones»[1]. El objetivo de una EAE radica en identificar de antemano los riesgos incorporados a las políticas, los planes o los programas. Puede considerarse como una articulación de la necesidad de ampliar el alcance de la EIA más allá de las aplicaciones de EIA orientadas principalmente a proyectos (Morgan, 2012, pp. 5, 10). La EIA es, de manera más específica, «un proceso de evaluación de los probables impactos ambientales de un proyecto o desarrollo propuesto»[2]. Aparte del impacto medioambiental, lo ideal es que una EIA considere

[1] UNEP, Convención de Diversidad Biológica. Decisión Nº 20. *Guidelines for Incorporating Biodiversity-Related Issues into Environmental Impact Assessment Legislation and/or Process and in Strategic Environmental Assessment, UNEP/CBD/COP/6/20* (pp. 93-94).

[2] UNEP, Convención de Diversidad Biológica.

también «los impactos socioeconómicos, culturales y de salud humana interrelacionados, tanto beneficiosos como adversos»[3].

2. La evaluación de impacto ambiental en los Países Miembros de la Unión Europea

En la Unión Europea (UE), la armonización se consigue predominantemente mediante los instrumentos jurídicos de los reglamentos y las directivas. Mientras que los reglamentos son directamente aplicables en todos los Estados Miembros y son vinculantes en su totalidad, las directivas son vinculantes en cuanto al resultado que pretenden alcanzar, dejando a las autoridades nacionales la facultad de decidir las formas y los métodos[4]. Aunque las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados Miembros de la UE pueden diferir, se puede hacer una comparación tipo II de la aplicación por parte de los Estados Miembros de sus directivas de la UE comunes. Los procedimientos del EIA representan uno de los ejemplos más prominentes de cómo el derecho de la UE está configurando el derecho nacional de sus Estados Miembros. En otra comparación de tipo II, también se podría comparar la actuación de la propia legislación de la UE con la de otros Estados signatarios del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente[5] (Convenio de Aarhus), y el Convenio sobre la EIA en un contexto transfronterizo (Convenio de Espoo).

---

[3] UNEP, Convencion de Diversidad Biologica. En esta etapa es también apropiado mencionar la crítica de tal enfoque de integración en cuanto al riesgo de que al tener que considerar demasiados aspectos, algunos son inevitablemente minimizados. Ver Morrison-Saunders y Fischer, 2009, pp. 221, 229.

[4] Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, art. 288. Ver también Craig y de Gráinne, 2011.

[5] Con respecto a la Convención de Aarhus, es oportuno reiterar que las partes no son solo los Estados Miembros de la UE, sino también de la propia UE. La UE ratificó la Convención de Aarhus el 17 de febrero de 2005, mientras que los Estados miembros

La primera directiva de la EIA 85/337/CEE[6] ya estaba en vigor en 1985. La implementación de los objetivos de la directiva de la EIA a nivel nacional difirió en varios Estados Miembros. En algunos Estados, las disposiciones de la directiva de EIA fueron traspuestas a leyes de construcción y edificación existentes, mientras que en otros fueron traspuestas a leyes de protección del suelo y la naturaleza y, eventualmente, también se adoptaron leyes sobre EIA separadas (Katrlík, 2016, p. 15). La directiva de EIA estipulaba la lista de proyectos que requerían una EIA obligatoria, mientras dejaba a los Estados miembros cierta discreción para determinar si era necesario el examen de los proyectos no mencionados como obligatorios. La primera directiva de EIA fue notoriamente modificada en 1997 para alinearla con el Convenio de Espoo, adoptado en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa[7]. Luego, la modificación de 2003[8] alineó la directiva de la EIA con disposiciones del Convenio de Aarhus[9]. Gradualmente, la directiva original de EIA tuvo que ser consolidada y sustituida por una nueva directiva de EIA que reflejara los progresos en la legislación

de la UE seleccionados la ratificaron en las siguientes fechas: República Eslovaca el 5 de diciembre de 2005, República Checa el 6 de julio de 2004, Alemania el 15 de enero de 2007 y Austria el 17 de enero de 2005.

[6] Directiva 85/337/EEC del 27 de junio de 1985 sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de determinados proyectos públicos y privados.

[7] Directiva 97/11/EC del 3 de marzo de 1997. Directiva de Enmienda 85/337/EEC sobre la Evaluación de los efectos en el ambiente de determinados proyectos públicos y privados.

[8] Directiva 2003/35/EC del 26 de mayo de 2003 que provee participación pública en el esbozo de determinados planes y programas relativos al ambiente y enmiendas sobre la participación pública y el acceso a la justicia. Directivas del Consejo 85/337/EEC y 96/61/EC.

[9] Comisión Europea. *Environmental Impact Assessment – EIA*. https://ec.europa.eu/environment/eia/eia-legalcontext.htm

y la política de la UE que surgieron en el transcurso de los treinta años previos. En 2014 fue adoptada la directiva de EIA 2011/92/UE[10].

La normativa de la UE sobre el procedimiento de EIA se basa en un procedimiento que consiste inicialmente en una fase de revisión y otra de especificación, mientras se crea un espacio relativamente amplio para la participación pública[11]. El objetivo de la fase de selección es evaluar si los proyectos enumerados en el anexo II de la directiva de EIA deben ser examinados en la forma de una EIA. Para ser examinados, deben «tener efectos significativos en el ambiente»[12]. La fase de especificación ofrece a los desarrolladores la posibilidad de preguntar a las autoridades competentes sobre la información y el alcance que debe presentarse en el informe de EIA[13]. El objetivo de la fase de especificación es esencialmente «identificar los impactos potenciales pertinentes para su evaluación»[14].

La participación pública representa una parte crucial del procedimiento de EIA. El valor de la participación pública en los procedimientos de EIA se ha considerado como la articulación de ideas de «democracia deliberativa, racionalidad colaborativa y justicia ambiental» (Morgan, 2012, p. 5). Múltiples argumentos abogan por la introducción de la participación pública como parte constituyente

[10] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de determinados proyectos públicos y privados; Comisión Europea. *Environmental Impact Assessment – EIA*. https://ec.europa.eu/environment/eia/eia-legalcontext.htm

[11] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de determinados proyectos públicos y privados (arts. 4-8, art. 11). https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_Directive_informal.pdf

[12] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de determinados proyectos públicos y privados (p. 27). https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_Directive_informal.pdf

[13] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de determinados proyectos públicos y privados (p. 30). https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_Directive_informal.pdf

[14] UNEP, Convención de Diversidad Biológica. Nº 12.

del procedimiento de EIA. Es por ejemplo una expresión justa de un gobierno democrático en la toma de decisiones y aumenta la probabilidad de que las necesidades de los ciudadanos se encuentren debidamente reflejadas en los proyectos. Los conocimientos y valores locales pueden mejorar los resultados finales del procedimiento de EIA (Shepherd & Bowler, 1997, p. 725). Además de obtener valiosos aportes de los niveles locales, el objetivo de la participación pública en los procedimientos de EIA también radica en compartir públicamente y desplazar las estructuras de poder dentro de los procedimientos de toma de decisiones (Morgan, 2012, p. 5). De acuerdo con las disposiciones de la directiva de EIA, se debe otorgar al público oportunidades tempranas y efectivas para participar en la toma de decisiones ambientales, es decir, el público debería tener la oportunidad de expresar sus comentarios y opiniones[15]. Esencialmente, las disposiciones sobre consulta pública aplican el artículo 6 del Convenio de Aarhus. La directiva de EIA introduce el umbral mínimo para la participación pública, que no debe ser menor de treinta días[16]. La directiva de EIA también implementa las disposiciones del artículo 9.2 de la Convención de Aarhus sobre acceso a la justicia, que vincula el acceso a la justicia con el criterio de suficiente interés o vulneración del derecho[17]. El acceso a los derechos de justicia complementa los derechos de participación pública y contribuye a su ejecución. Su fortalecimiento es crucial, ya que la participación pública no solo se considera una parte del procedimiento de EIA, sino que a menudo se define por ella. Sin embargo, ambas no deben confundirse. Como

[15] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de ciertos proyectos públicos y privados, art. 6.4.

[16] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de ciertos proyectos públicos y privados, art. 6.7.

[17] Directiva 2014/92/EU del 16 de abril de 2014 que enmienda la directiva 2011/92/EU sobre la evaluación de los efectos en el ambiente de ciertos proyectos públicos y privados, art. 11.

mencionan los autores de la Guía de implementación de la Convención de Aarhus, «si bien la participación del público es efectivamente una parte obligatoria de la evaluación ambiental, una evaluación ambiental no es una parte obligada de un procedimiento de participación pública» (UNECE, 2014, pp. 122, 127). El fundamento y el espíritu de la Convención de Aarhus son, de hecho, beneficiosos desde la perspectiva de cumplimiento y aplicación de legislación ambiental de la UE en general, que depende de la movilización del público. La participación pública y el acceso a derechos a la justicia son herramientas diseñadas para este fin (Marty, 2009, pp. 115-117).

2.1. Europa Central y Oriental

La evolución de los procedimientos de EIA en los países de Europa Central y Oriental ha pasado por varias etapas. La primera etapa comprendía la disolución del régimen soviético, el gobierno dictatorial de los partidos comunistas y las reformas emprendidas para establecer economías basadas en el mercado. Por lo tanto, las condiciones políticas, el nivel de desarrollo socioeconómico y factores relacionados fueron una gran influencia en este sentido. Las normas y los procedimientos pasaron de estar basados predominantemente en la planificación central a ser procedimientos más transparentes e independientes. El otro incentivo importante fue la preparación para la adhesión a la UE que también está inextricablemente conectada con la implementación de la Convención de Aarhus y el Convenio de Espoo (Abaza, 2004).

Como señalan los expertos del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), la inclusión de la participación pública en las leyes de EIA en Europa Central y Oriental no estaba suficientemente detallada y era, por lo tanto, inaplicable (pp. 28, 32-33). La implementación de las normativas internacionales ha mejorado notablemente las disposiciones de participación pública y también ha contribuido de forma indirecta a la mejora de las normas democráticas (Hayward, 2012, p. 414).

2.2. República Eslovaca y República Checa

Al referirnos a la evolución del procedimiento de EIA en la República de Eslovaquia, hay que tener en cuenta los progresos durante el pasado común checoslovaco. Poco después de la Revolución de Terciopelo de 1989, la Asamblea Federal adoptó la *Zákon č.17/1992 Zb. o životnom prostredí* (Ley de Medio Ambiente), que en sus párrafos 20-26 incluía las disposiciones sobre la evaluación de los impactos ambientales. La Ley de Medio Ambiente anticipó la adopción de leyes más detalladas, pero la República Federal de Checoslovaquia se disolvió en poco tiempo y se crearon dos Estados sucesores, la República Eslovaca y la República Checa (Katrlík, 2016, p. 16).

En la República de Eslovaquia, las condiciones previas subyacentes al procedimiento de EIA se determinan en la *Ústava Slovenskej republiky* (Constitución). El derecho a un ambiente favorable contemplado en el artículo 44 de la Constitución debe leerse junto con el artículo 20.3 de la Constitución, que establece que el ejercicio de los derechos de propiedad no debe atentar contra la salud, la naturaleza, el patrimonio cultural y el medio ambiente más allá del alcance estipulado por la ley (Katrlík, 2016, p. 16). En 1994, cuando la República Eslovaca aún no era un Estado Miembro de la UE, se adoptó la primera ley sobre EIA. Ante la necesidad de adaptar la legislación a las normas de la UE, en 2005 se adoptó la *Zákon č.24/2006 o posudzovaní vplyvov na životné prostredie*, una nueva ley sobre EIA. Posteriormente, la ley de EIA se modificó repetidas veces, reflejando las modificaciones de la directiva de EIA de la UE y respondiendo a las opiniones planteadas por la Comisión Europea (pp. 16-17). Como se observó en una entrevista con funcionarios del Ministerio de Medio Ambiente eslovaco, la conformidad de la legislación nacional de EIA con la de la UE también se aseguró gradualmente a través de procedimientos de infracción iniciados por la Comisión Europea[18].

[18] Entrevista con un funcionario del Ministerio de Medio Ambiente Eslovaco realizada en Bratislava, Eslovaquia, el 3 de abril de 2017.

Como es de suponer, la ley de EIA de la República de Eslovaquia (y esencialmente también la ley de EIA de la República Checa) sigue el patrón general, que consiste en la fase de selección y especificación, la fase de participación pública, la fase experta y la opinión final[19]. Salvo algunas disposiciones, el procedimiento de EIA en la República de Eslovaquia y la República Checa se rige por las leyes generales de procedimientos administrativos[20].

Los progresos y las mejoras relacionados con la adhesión a la UE fueron notables principalmente en el ámbito de los derechos del público, es decir, que el público debe tener posibilidades prontas y efectivas de participar en la toma de decisiones ambientales y el acceso correspondiente a los derechos a la justicia (Katrlík, 2016, pp. 16-17). Actualmente, la ley de EIA en la República Eslovaca funciona con los términos *verejnosť* (el público) y *dotknutá verejnosť* (el público interesado). De este modo, la ley de EIA refleja las disposiciones de la directiva de EIA y del Convenio de Aarhus. El público sujeto a la ley de EIA implica esencialmente a todos (pp. 33-34). Esto está en concordancia con el llamado «principio de toda persona» aplicado por la Convención de Aarhus (UNECE, 2014, p. 55).

El público interesado está constituido por las personas afectadas por cualquier actividad que implique el ambiente y que expresen su interés en participar en el procedimiento. Entre estas personas se encuentran, por ejemplo, los vecinos de las tierras afectadas por los impactos ambientales o las personas y organizaciones con un interés genuino en la toma de decisiones ambientales. Por ejemplo, las ONG ambientales son consideradas automáticamente como organizaciones con un interés genuino en el procedimiento de EIA (Katrlík, 2016,

[19] Ver Ley eslovaca de EIA No. 24/2006 (*Zákon č.*24/2006 *o posudzovaní vplyvov na životné prostredie*).

[20] § 64 de la ley eslovaca de EIA (*Zákon* č.24/2006 *o posudzovaní vplyvov na životné prostredie*); ver también Katrlík, 2016, pp. 297-299.

pp. 33-34)[21]. El razonamiento del Convenio de Aarhus establece que los objetivos enumerados en los artículos sobre incorporación de la organización que se refieren a los intereses de protección ambiental determinan si una organización debe ser considerada miembro del público interesado (Marty, 2009, pp. 115, 120). Asimismo, la categoría de intereses posiblemente afectados abarca un amplio espectro de intereses que van desde las violaciones de los derechos sociales o el derecho a un ambiente saludable, hasta intereses no especificados en el procedimiento de toma de decisiones. La categoría de público interesado está estrechamente vinculada a los derechos de participación pública en virtud del artículo 6[22] y a los derechos de acceso a la justicia[23] en virtud del artículo 9.2 de la Convención de Aarhus (UNECE, 2014, p. 57). De hecho, como se mencionó en una entrevista con funcionarios que trabajan en el departamento ambiental local, el procedimiento de EIA se ha vuelto más complejo y burocrático y los funcionarios observaron una tendencia a hacer uso de los derechos de acceso a la justicia y a llevar los asuntos ante un tribunal. Teniendo en cuenta la complejidad y el carácter burocrático del procedimiento de EIA, los funcionarios se quejaron

[21] Cabe mencionar también que, en opinión del Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus, se considera que las ONG ambientales están capacitadas para ejercer los derechos contemplados en la Convención de Aarhus de manera más eficaz que los miembros individuales del público (UNECE, 2014, p. 58).

[22] Como señalan los autores de la Guía de Implementación de la Convención de Aarhus, «aunque la Convención de Aarhus no establece un régimen de EIA *per se*, su artículo 6 sí establece un modo de revisión de los impactos ambientales de determinadas actividades, en el que se toman decisiones en relación a ellas» (UNECE, 2014, p. 128).

[23] El derecho de acceder a la justicia y la consiguiente y más clara implementación del artículo 9 del Convenio de Aarhus en la República de Eslovaquia ha sido mejorado recientemente mediante la adopción del Código de Procedimientos Administrativos (*Správny súdny poriadok*) en 2015. Su artículo 42, titulado «Público interesado» (*zain- teresovaná verejnosť*), otorga el derecho de acceder a la justicia a miembros del público interesado que han estado en la posición de las partes en los procedimientos administrativos. Ver Katrlík, 2016, p. 172.

de estar abrumados con los asuntos formales, lo que resultaba en una pérdida de tiempo que les impedía centrarse en aspectos sustanciales[24].

La *Zákon č.100/2001 o posuzování vlivů na životní prostředí* (ley de EIA en la República Checa) también distingue entre el *veřejnost* (público) y el *dotčená veřejnost* (público interesado), aunque las definiciones son ligeramente diferentes a las de la ley eslovaca. Mientras que el público se entiende como una o más personas (en virtud del principio de «toda persona»), el público interesado se especifica de manera que incluye a una persona afectada por una decisión adoptada en un procedimiento posterior y a una persona jurídica de derecho privado que no sea una empresa sin ánimo de lucro creada con el fin de proteger el ambiente o la salud pública que funcione durante un periodo de al menos tres años o que esté respaldada por al menos 200 firmas[25]. La diferenciación entre el público y el público interesado se hace más pertinente en *navazující řízení* (procedimientos posteriores)[26], en los que solo el público interesado tiene un conjunto completo de derechos[27].

---

[24] Entrevista con funcionarios del Departamento de Ambiente realizada en Nové Zámky, 4 de abril de 2017.

[25] § 3 (h)-(i) de la ley checa de EIA, 100/2001 (*Zákon* 100/2001 *Sb. ze dne 20. února 2001 o posuzování vlivů na životní prostředí*). Aunque la definición del público interesado en el contexto checo es diferente al eslovaco, cumple con los criterios estipulados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-263/08 Djurgården, en el que el tribunal estipuló que los derechos procesales, incluyendo principalmente los derechos de acceso a la justicia en el caso pertinente, deberían estar abiertos también a las asociaciones locales con un número de miembros inferior a 2000, tal y como estaba estipulado en la legislación sueca en ese momento. Ver CJEU, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v Stockholms kommun genom dess marknämnd*, C-263/08 del 15 de octubre de 2009.

[26] La ley checa sobre el procedimiento de EIA incluye una lista explícita de procedimientos posteriores. El procedimiento de EIA sirve de base para los procedimientos posteriores, incluido, por ejemplo, el procedimiento de planificación urbana. Ver Frank Bold Society, 2018.

[27] *Účast spolku v řízeních.* https://frankbold.org/poradna/kategorie/obcanska-sdruzeni-zalozeni-fungovani-cinnost/rada/ucast-vrizenich-podle-zvlastnic

Los derechos del público en la toma de decisiones ambientales en la República de Eslovaquia son bastante significativos. Sin embargo, su alcance varía dependiendo en la categoría del público. Por ejemplo, en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica (EAE), el público tiene derecho a presentar opiniones por escrito cuando un documento es sujeto a una EAE (Katrlík, 2016, pp. 50-54). Los derechos del público interesado desde las primeras fases del procedimiento de EAE se regulan en un artículo 6a separado de la ley de EIA. El «público interesado» se define en esta disposición como una persona natural mayor de dieciocho años, una persona jurídica o una iniciativa cívica. Una iniciativa cívica es una condición jurídica para personas naturales mayores de dieciocho años que presentan un punto de vista común firmado sobre la propuesta de un documento estratégico. El término «iniciativa cívica» es una traducción literal de la disposición pertinente de la ley de EIA. No es ni una ONG ni una variación del *Verein* alemana, sino más bien una iniciativa *ad hoc* reconocida legalmente solo en el contexto de la EIA o EAE. Los derechos del público interesado a este respecto van desde la posibilidad de presentar opiniones por escrito hasta la participación en consultas y audiencias públicas en el marco del procedimiento de EAE (pp. 54-58). El razonamiento de estipular los derechos del público interesado en una sección separada ha sido justificado por la necesidad de contar con un marco jurídico claro, transparente y coherente, compatible con el espíritu de la Convención de Aarhus (p. 55).

La misma justificación puede aplicarse también en el caso del § 24 de la ley de EIA, que representa la disposición principal desde la perspectiva del público y el público interesado en el actual marco jurídico que regula el procedimiento de EIA en la República de Eslovaquia. En consonancia con el supuesto de que la divulgación activa de información es una de las precondiciones cruciales para la participación del público en el procedimiento de EIA, la disposición impone obligaciones de divulgación de información a los órganos de la administración del Estado. Por lo tanto, los órganos de la administración

del Estado están obligados a proporcionar información de suficiente calidad en forma oportuna y transparente[28]. Los derechos del público interesado están vinculados a la presentación de opiniones, comentarios o sugerencias justificadas, así como a la presentación de una apelación por parte de un miembro del público contra una de las decisiones adoptadas en el procedimiento de EIA. Este derecho a presentar una apelación no está condicionado a la participación previa en las etapas que preceden a la adopción de la decisión[29]. La disposición es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que en su decisión C-570/13 concluyó que también los miembros del público afectado, como los vecinos de terrenos en los que se están planificando los proyectos, deben tener la posibilidad de presentar un recurso e impugnar las decisiones adoptadas en el procedimiento de EIA[30]. En el caso *Djurgården*, el TJUE dejó claro que la participación en el procedimiento de toma de decisiones y de revisión son dos etapas distintas y la participación en la primera etapa no debe tener un impacto en las condiciones de acceso al procedimiento de revisión[31].

Al convertirse en parte del procedimiento de EIA, el público interesado adquiere también el derecho a participar como parte en los procedimientos de autorización subsiguientes, como el procedimiento de planificación urbana o el procedimiento de licencia de construcción[32]. Considerando la necesidad de tener en cuenta los impactos ambientales de los proyectos, los resultados del procedimiento de EIA también

[28] § 24 (1) de la ley eslovaca de EIA (*Zákon č.24/2006 o posudzovaní vplyvov na životné prostredie*).

[29] § 24 (2)-(4) de la ley eslovaca de EIA (*Zákon č.24/2006 o posudzovaní vplyvov na životné prostredie*).

[30] CJEU, *Karoline Gruber vs. Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten et al.*, C-570/13 del 16 de abril de 2015, para. 50-52.

[31] CJEU, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v Stockholms kommun genom dess marknämnd*, C-263/08 del 15 de octubre de 2009, para.38.

[32] § 24 (2)-(3) de la Ley de EIA de Eslovakia (*Zákon č.24/2006 o posudzovaní vplyvov na životné prostredie*).

resultan pertinentes para la adopción de decisiones y permisos en los procedimientos de autorización[33]. La etapa de EIA es solo una de las varias etapas que conducen a la realización, implementación y posterior disfrute de los proyectos[34]. En la República de Eslovaquia, la participación en determinadas partes del procedimiento de EIA conduce a la participación automática en los posteriores procedimientos de concesión de permisos (Katrlík, 2016, p. 154). El marco jurídico de la República Checa pretende crear un equilibrio y una conexión explícita entre el procedimiento de EIA y los procedimientos posteriores relacionados, como el de planificación urbana o el de licencia de construcción[35]. El objetivo es crear un procedimiento coherente y evitar la duplicidad de procedimientos.

Aunque el marco jurídico que regula la EIA en la República Checa no incluye una disposición separada sobre los derechos del público a participar en la toma de decisiones ambientales, como hace la ley de EIA eslovaca, las disposiciones sobre participación pública y derechos de acceso a la justicia relacionados si están incluidos a lo largo de la ley, marcando varias etapas del procedimiento de EIA[36]. Esto parece estar en línea con el enfoque adoptado por la Convención de Aarhus, y refleja el

[33] Ver por ejemplo § 39, §66, §140c de la ley eslovaca de Planificación urbana y procedimientos para la construcción (*Zákon 50/1976 o územnom plánovaní a stavebnom poriadku*).

[34] Corte Suprema de la República Eslovaca. Sentencia del 14 de mayo de 2013, 1Sžp 1/2010 (*Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo 14. mája 2013, sp. Zn. 1 Sžp* 1/2010).

[35] Ver por ejemplo § 3 (g) de la Ley de EIA de la República Checa, 100/2001 (*Zákon 100/2001 Sb. ze dne 20. února* 2001 *o posuzování vlivů na životní prostředí*). En este sentido, también es pertinente mencionar que los países que intentan considerar el impacto ambiental en un procedimiento único con una sola fase de participación pública deben prestar atención a la eficacia de la participación pública y su realización de manera oportuna.

[36] Ver por ejemplo § 6 (8), § 7 (6)-(9), § 9c de la ley checa sobre EIA, 100/2001 (*Zákon 100/2001 Sb. ze dne* 20. *února 2001 o posuzování vlivů na životní prostředí*).

debate sobre acceso a la justicia dentro (y después) del procedimiento de EIA como se describe en la jurisprudencia del TJUE.

2.3. Alemania

La *Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz* (ley alemana sobre evaluaciones de impacto ambiental) ha experimentado una evolución similar a la de sus contrapartes eslovaca y checa, debido en gran medida a la necesidad de hacerla coherente con la legislación correspondiente de la UE. El enfoque alemán de la EIA sigue la racionalidad de tratar el procedimiento de la EIA como un precursor, y una parte de los procedimientos de derecho administrativo posteriores, cuyo resultado reside en la concesión de una licencia[37]. Como tal, el procedimiento de EIA no es un procedimiento de derecho administrativo independiente, sino un paso previo que debe darse antes de que se emita un permiso para el proyecto (Pünder & Ehlers, 2016, p. 538). Este enfoque coherente que crea una conexión explícita entre el procedimiento de EIA y los procedimientos posteriores se parece a la lógica adoptada por la legislación de EIA checa.

Para someterse a la EIA, los proyectos deben cumplir los criterios estipulados en anexo 1 de la ley de EIA. El objetivo de la fase de selección es evaluar si un determinado proyecto debe someterse a la EIA[38]. Las implicaciones de los proyectos para el ambiente son decisivas en este sentido (Philipp-Gerlach & Lukas, 2014, pp. 548, 549). Los elementos de participación pública continua están presentes en la ley cuando se describen los respectivos pasos procesales[39]. Reflejando

[37] El parágrafo 4 de la ley alemana de EIA (*Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz*) indica de manera explícita que «*[d]ie Umweltverträglichkeitsprüfung ist unselbständiger Teil verwaltungsbehördlicher Verfahren, die Zulassungsentscheidungen dienen*».

[38] Ver § 5-7 del *Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz* (ley alemana de EIA).

[39] A medida que el proyecto se desarrolle y se introduzcan eventuales cambios en el curso del procedimiento de EIA, la participación púbica tendrá lugar también en estas ocasiones. Ver § 22 o § 30 del *Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz* (ley alemana de EIA).

el espíritu de la Convención de Aarhus, el papel prominente se otorga al público interesado, que está representado por *Vereine* ambientales, las organizaciones no gubernamentales (ONG). Los criterios para el reconocimiento de las ONG ambientales como parte del público interesado están consagrados en la § 3 de la *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* (Ley de Apelaciones Ambientales). Para ser reconocida como miembro del público interesado, el objetivo principal de una ONG ambiental debe consistir en promover y apoyar la protección ambiental. Sus actividades deben estar realmente reconocidas como perseguidoras de objetivos no lucrativos, tal y como se establece en el Código Fiscal de Alemania, y deben estar activas durante un periodo de al menos tres años, lo que se asemeja a la legislación Checa[40]. La ley alemana de EIA se basa también en la estipulación de criterios sobre la «estructura democrática interna» de las ONG ambientales. La estructura democrática de las ONG se evalúa en función de si los miembros tienen derecho a voto durante la asamblea general de la organización[41]. Para ser considerado un miembro

[40] Ver § 3 del *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* (Ley de Apelaciones Ambientales).

[41] En 2016, la organización WWF Alemania inició un procedimiento ante el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus. WWF Alemania argumenta que los criterios exigidos en Alemania para que las ONG sean reconocidas como miembros del público interesado son demasiado estrictos y, en particular, el requisito que hace referencia a la «estructura democrática interna» excluye del alcance de esta disposición a las organizaciones activas en el ámbito ambiental, aparte de las organizaciones sin fines de lucro, como las fundaciones o las sociedades anónimas, que no ofrecen a sus miembros una afiliación plena con derecho a voto. WWF está registrada en Alemania solo como fundación, es decir, sus miembros pagan cuotas, pero falta el requisito de la estructura democrática interna. Por esta razón, no cumple los criterios de tener un conjunto de derechos plenamente desarrollados. Según WWF, esto podría violar el artículo 3.4 de la Convención de Aarhus, que estipula que «las asociaciones, organizaciones y grupos» deberían poder obtener el estatus de reconocimiento. El artículo 2.4 de la Convención de Aarhus aboga para que la gama amplia de ONG obtenga derechos de participación y legitimación. Desde agosto de 2018, esta comunicación sigue pendiente. Ver § 3 (1) (5) de la ley de Apelaciones Ambientales; ver también WWF, *Communication to the Aarhus Convention Compliance Committee*. https://unece.org/DAM/env/pp/compliance/C2015-137_Germany/Communication_Germany_WWF_resubmitted_10.02.2016.pdf

del público interesado, se requiere la demostración de la capacidad de las ONG y su estructura organizativa para cumplir sus tareas estatutarias de manera competente. Por este motivo, es necesario demostrar el historial de actividades, actuaciones y afiliaciones anteriores[42]. Con respecto a la participación pública, la ley alemana sobre EIA reconoce que el acceso a información es la precondición crucial para una participación pública temprana, efectiva y significativa. Por esta razón, introduce disposiciones sobre la divulgación de información, seguidas de las disposiciones que permiten al público interesado presentar comentarios, sugerencias y objeciones al proyecto[43].

El cumplimiento de los derechos de participación pública se ve reforzado por los derechos de acceso a la justicia. El acceso a los derechos a la justicia en cuestiones ambientales en Alemania está consagrado en la Ley de Apelaciones Ambientales, cuyo objetivo ha sido transponer el artículo 9 de la Convención de Aarhus y la legislación de la UE correspondiente a nivel nacional. La Ley de Apelaciones Ambientales también permite que uno impugne las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de la EIA[44]. La legislación alemana en general se ha esforzado por acomodar y aplicar plenamente los procedimientos y el acceso a los mecanismos de justicia según lo exigido por la Convención de Aarhus y la legislación correspondiente de la UE[45]. No solo los procedimientos ante el Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus, sino también, y principalmente, la jurisprudencia del TJUE,

[42] § 3 (1) - (3) del *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* (Ley de Apelación Ambiental alemana).

[43] § 19-§ 22 de la *Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz* (Ley de EIA alemana).

[44] § 1 (1) de la *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* (Ley de Apelación Ambiental alemana).

[45] El acceso a la justicia en el derecho administrativo alemán ha sido determinado en gran medida por la llamada teoría de la norma de protección (*Schutznormtheorie*) que se basa principalmente en el § 42 (2) y § 113 (1) de la *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) alemana (Ley de Procedimientos Administrativos). La teoría de la norma de protección conecta la legitimación en los casos de derecho administrativo con la violación de sus derechos individuales por el acto administrativo. Ver Marty, 2009, pp. 115, 116.

han llevado a la legislación alemana hacia el espíritu de la Convención de Aarhus y las normas de la UE.

Como ya se observó en la década de 1980, la eficacia de la ley de EIA depende de la voluntad política comprometida con el objetivo de la protección ambiental (Caldwell, 1988). La experiencia demuestra que la eficacia y la pertinencia atribuida a los procedimientos de EIA también dependen del enfoque de las autoridades estatales, incluido el poder judicial. Según el enfoque, pueden debilitar o reforzar la eficacia de los procedimientos de EIA (Eckard, 2007, pp. 135, 192). Las correcciones efectuadas por el TJUE a este respecto podrían considerarse una demostración de la contribución positiva de la UE y el diálogo entre los tribunales nacionales y el TJUE a la mejora y la mejor aplicación del derecho ambiental nacional.

Con respecto al procedimiento de EIA, dos decisiones del TJUE son de gran importancia. En el caso Trianel, el TJUE clarificó el alcance del acceso a los derechos de justicia para las ONG ambientales en el procedimiento EIA y los fortaleció al declarar que la legislación de la UE que rige el procedimiento de EIA excluye la legislación nacional que no permite a las ONG ambientales impugnar decisiones que autorizan proyectos que pueden tener un impacto ambiental significativo[46]. El caso Trianel clarificó las vías para que las ONG ambientales obtengan acceso a la justicia en el procedimiento de EIA.

Otra clarificación del derecho de acceso a la justicia por parte del TJEU se refería al § 4 de la Ley de Apelaciones Ambientales. El caso Altrip, que arrojó luz sobre el alcance de la revisión de las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de EIA, abordó la cuestión relativa a la posibilidad de impugnar el procedimiento de EIA en los casos en que este tuvo lugar, pero fue inadecuado. El TJUE sostuvo que

[46] CJEU, Decisión C-115/09 del 12 de mayo de 2001, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordhein Westfalen e.V. v. Bezirksregierung Arnsberg*, para. 50, 59.

las decisiones deben ser impugnadas no solo en los casos en que no se haya llevado a cabo la EIA, sino también en los casos en que se haya llevado a cabo, pero hubiera sido inadecuada o irregular[47].

Además, el TJUE también puso ciertas limitaciones a la posibilidad de que la corte se niegue a reconocer el impedimento de un derecho en una situación en la que la decisión impugnada no habría sido diferente sin ese defecto procesal. A la hora de evaluar la naturaleza y la gravedad del defecto procesal en cuestión, el TJUE sostuvo que uno de los principales aspectos a tener en cuenta es el impacto sobre los derechos de participación pública[48]. La falta de atención adecuada a los derechos de participación pública y el no ofrecer las posibilidades de acceso a la información y participación pública entran en la categoría de errores de procedimiento absolutos. Su inclusión explícita en el texto del § 4 de la Ley de Apelaciones Ambientales en la forma de la enmienda Altrip podría atribuirse a la decisión del TJUE del mismo nombre (Fellenberg, 2015, pp. 1721-1722). Según la entrevista realizada a funcionarios del Ministerio de Medio Ambiente de Alemania, estas cuestiones habían sido revisadas por las cortes incluso antes del caso pertinente y de la enmienda. Sin embargo, gracias a la sentencia del TJUE, la legislación se hizo más precisa, lo que ha mejorado la seguridad jurídica y la previsibilidad. Asimismo, los respectivos órganos de administración del Estado y los tribunales pueden trabajar mejor con la legislación[49]. Por lo tanto, no solo la falta de conducción de una EIA, sino también las deficiencias procesales en el procedimiento de la EIA, pueden justificar el derecho del público interesado a impugnar las decisiones adoptadas dentro de ese procedimiento. Como se ha mencionado

[47] CJEU, Decisión C-72/12 del 7 de noviembre de 2013, *Gemeinde Altrip v. Land Rheinhald-Pfalz*, para. 38.

[48] CJEU, Decisión C-72/12 del 7 de noviembre de 2013, *Gemeinde Altrip v. Land Rheinhald- Pfalz*, para. 57.

[49] Entrevista con funcionarios del Ministerio de Medio Ambiente Alemán en Berlín, Alemania, el 9 de julio de 2018.

anteriormente, el público interesado, incluidas las personas afectadas y las ONG ambientales, podrían alegar que se han visto afectadas en sus derechos por dichas acciones, tal como se requiere en el § 42 (2) de la *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), Código de Procedimiento del Tribunal Administrativo (Philipp-Gerlach & Lukas, 2014, pp. 548, 551). En casos de incertidumbre sobre la pertinencia y la gravedad de los errores procesales atribuibles al resultado del procedimiento de EIA, se presume que los errores procesales sí influyeron en el resultado del procedimiento de EIA (Fellenberg, 2015, p. 1722).

2.4. Enfoque internacional

En un claro ejercicio de derecho comparado de tipo II, en la práctica, muchas culturas del mundo que aún no habían instituido un régimen de derecho ambiental nacional introdujeron el concepto de EIA a través de su adhesión a convenciones, tratados, declaraciones y acuerdos internacionales. En el derecho internacional ambiental, los principios reconocidos proporcionan los procesos necesarios para ser aplicados por ley a las actividades relacionadas al ambiente. A lo largo de los años de su evolución y aplicación, la mayoría de estos principios se han convertido en principios de derecho internacional consuetudinario, tras cumplir las condiciones establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Uno de estos principios es el de evaluación de impacto ambiental[50]. La EIA puede definirse en términos generales como un estudio o evaluación sistemática para identificar y predecir los posibles efectos ambientales de un proyecto, plan o programa propuesto (Genovesi & Shine, 2004). Desde este punto de vista, la EIA

[50] El juicio de la Corte Internacional en 2010 en el caso de la planta de pasta de celulosa en el río Uruguay es la autoridad más importante en materia de EIA en el derecho internacional general. Fue la primera ocasión en la que una corte internacional sostuvo que la evaluación previa de los impactos transfronterizos no es simplemente una obligación basada en un tratado, sino un requisito del derecho internacional general.

ha evolucionado en uno de los pocos mecanismos cuyos resultados se reconocen públicamente (Abaza, 2004, p. 6). Como tal, «la EIA no es en sí misma un proceso de permiso o autorización, [debe percibirse más bien como] una herramienta para la toma de decisiones» (UNECE, 2014, p. 127). La reputación universal del concepto EIA reside en su valor como instrumento de gestión ambiental (Morgan, 2012, pp. 5-6).

Con el paso del tiempo se ha ido creando un consenso internacional sobre los atributos fundamentales del procedimiento de EIA. En 1987, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) adoptó una nota (no vinculante) titulada «Objetivos y Principios de la Evaluación del Impacto Ambiental», que expone ciertos principios y objetivos generales que deberían detallarse a nivel nacional, regional o incluso internacional.

Los principios del PNUMA exigen que los Estados establezcan criterios para determinar si las actividades pueden tener un impacto ambiental y si deben someterse a la EIA. Según los principios del PNUMA, la EIA debe cumplir ciertas normas mínimas, incluida la evaluación de los impactos ambientales del proyecto, la consideración de posibles alternativas, así como la identificación y descripción de medidas de mitigación y adaptación (UNEP, 1987, pp. 1-3).

La necesidad de llevar a cabo una EIA para proyectos con un impacto ambiental potencialmente significativo se reiteró también en el principio 17 (no vinculante) de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río) en 1992. Posteriormente, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), celebrada en Río de Janeiro en 1992 adoptó formalmente la EIA Principio 17 de la Agenda 21 de la CNUMAD: «La Evaluación de Impacto Ambiental, como instrumento nacional, será realizada para las actividades propuestas que puedan tener un impacto ambiental adverso significativo y que estarán sujetas a la decisión de una autoridad competente». Otras conferencias internacionales han colaborado en crear conciencia sobre el efecto devastador de la

explotación ambiental abusiva sin comprender los peligros potenciales para los seres humanos, la vida silvestre y nuestro ecosistema.

Además, otros principios consagrados en la Declaración de Río se reflejan también en los procedimientos de la EIA. Por ejemplo, el principio 10 estipula la necesidad de introducir la participación pública y posibilidades de consulta en los procedimientos de toma de decisiones, y el principio 15 establece el principio de precaución, que es importante desde la perspectiva de evaluación de riesgos dentro del procedimiento de EIA (Abaza, 2004, p. 31). Los procedimientos de EIA deben incluir métodos de evaluación de riesgos para determinar los efectos del proyecto, incluida la evaluación del posible deterioro ecológico o la pérdida de recursos ecológicos, seguida de la supervisión de los impactos y otras medidas similares (p. 53).

Además del principio de precaución, el principio de «quien contamina paga» también está presente en los procedimientos de EIA, especialmente en lo que se refiere a las medidas y pasos de mitigación y adaptación, haciendo recaer la responsabilidad de los costos ambientales de los proyectos de desarrollo en los proponentes (p. 56). El principio de precaución, junto con el principio de quien contamina paga, son los principios fundamentales que forman la base de la legislación y la política ambiental de la UE[51].

La EIA está también implícita en el Objetivo de Desarrollo del Milenio 7.A, que menciona la necesidad de «integrar los principios de desarrollo sostenible en las políticas y programas de los países y revertir la pérdida de recursos ambientales» (Abaza, 2004, p. 10).

Aparte de los documentos de derecho indicativo, la necesidad de conducir evaluaciones de impacto ambiental se ha enfatizado también en el ámbito del derecho internacional vinculante. Se podría realizar una comparación de tipo II para determinar cómo las distintas culturas implementan sus compromisos con los convenios internacionales.

[51] Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 191.

La obligación de supervisar las actividades con un riesgo potencial para el medio marino, junto con la obligación de publicar informes con los resultados de dicha supervisión y la obligación de evaluar los efectos de dichas actividades en el medio marino, está consagrada en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[52].

Las referencias a los procedimientos de EIA para evaluar el impacto sobre la diversidad biológica se encuentran en el artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica[53]. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático considera que el procedimiento de la EIA es uno de los pasos necesarios para garantizar la minimización de los impactos negativos de los proyectos sobre el cambio climático y la eficacia de las medidas de adaptación relacionadas a ellas[54].

Se ha sugerido que ciertas prácticas de EIA asociadas principalmente a los procedimientos de EIA transfronterizos forman parte del derecho internacional consuetudinario[55]. Esto incluso se reiteró explícitamente en el caso de 2010 relativo a una planta de pasta de celulosa en el río Uruguay, entre Argentina y Uruguay, que fue llevado ante la Corte Internacional de Justicia[56]. La obligación de intercambiar información

[52] Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 204-206.

[53] Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 14.

[54] Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, artículo 4.f.

[55] El tratado internacional más significativo es el Convenio de Espoo sobre EIA transfronteriza. Sin embargo, los primeros requerimientos de EIA transfronteriza se elaboraron en los tratados sobre la protección del medio marino, como el Convenio de Kuwait, adoptado ya en 1978. También se pueden encontrar requerimientos similares en el Protocolo de Madrid del Tratado Antártico de 1991 o en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte de 1993. Ver Bremer, 2017, pp. 81-82.

[56] La Corte Internacional de Justicia sostuvo que una práctica que en los últimos años ha ganado tanta aceptación entre los Estados ahora puede considerarse un requisito (en virtud del derecho internacional general) para llevar a cabo una EIA donde existe el riesgo de que la actividad industrial propuesta tenga un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, en particular, sobre un recurso compartido. ICJ del 20 de abril de 2010, planta de pasta de celulosa en el río Uruguay (Argentina v. Uruguay), [2010] ICJ Rep. 14 ('Pulp Mills'), para. 204; ver también Bremer, 2017.

fue reconocida como parte del derecho internacional consuetudinario[57]. Otras referencias de derecho internacional a las EIA se han hecho, por ejemplo, en el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, el Convenio sobre los Humedales de Importancia Internacional y el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Morgan, 2012, pp. 5-6).

3. El sistema de regulación ambiental de Nigeria

Tras la independencia en 1960, Nigeria no vio la necesidad de una legislación nacional para la regulación de las actividades relacionadas con el ambiente, ni siquiera en lo que respecta a la exploración petrolera iniciada antes de la independencia. Sin embargo, el incidente de 1987 de vertido ilegal de residuos tóxicos en Koko (en el actual estado del Delta) hizo que el entonces Gobierno Militar de Nigeria promulgara el Decreto de Residuos Nocivos, que establece el marco legal para controlar la eliminación de residuos tóxicos y peligrosos en cualquier ambiente dentro del territorio de Nigeria. Con la legislación en vigor, se hizo evidente la necesidad de una estructura institucional, lo que llevó a la creación de un órgano regulador, la Agencia Federal de Protección Ambiental de Nigeria en 1988. Se elaboraron otras normativas sectoriales. Por ejemplo, el Departamento de Recursos Petrolíferos, dentro del Ministerio de Recursos Petrolíferos, y comprendiendo los efectos a corto y largo plazo de la continua explotación, exploración y producción de recursos petrolíferos en el ambiente, introdujo las directrices y normas medioambientales para la industria del petróleo en Nigeria de 1991.

Aunque las directrices hicieron de la evaluación de impacto ambiental una herramienta de aplicación obligatoria en las actividades de monitoreo de la industria petrolera, en 1992 la Ley de EIA hizo obligatoria la

[57] Ver por ejemplo el caso de arbitraje del lago Lanoux (Francia vs. España) de 1957; ver también Bremer, 2017, pp. 80, 83.

realización de una evaluación previa de los posibles impactos ambientales antes de la aprobación y el inicio de cualquier proyecto propuesto, tanto en el sector público como en el privado[58].

Con el regreso del régimen democrático en 1999, las responsabilidades de Agencia fueron asumidas por el Ministerio Federal del Ambiente, que empezó a elaborar nuevas políticas ambientales y ampliar el alcance de la normativa ambiental. En 2007, la Asamblea Nacional revocó la Ley de AFPE, reemplazándola con la Ley de la Agencia Nacional de Aplicación de Normas y Reglamentos Ambientales (Establecimiento). Se creó la Agencia Nacional de Aplicación de Normas y Reglamentos Ambientales (ANANR), que sustituyó a la Agencia Federal de Protección Ambiental de Nigeria (Ladan, 2012, pp. 116, 119, 121). El alcance de ANANR abarca casi todas las áreas del ambiente y cuenta con veinticuatro reglamentos bajo su autoridad administrativa, lo que la empodera adecuadamente para hacer cumplir las normas existentes en la protección ambiental.

3.1. Marco de evaluación de impacto ambiental de Nigeria

La ANANR es responsable de hacer cumplir la Ley de EIA tanto en el sector privado como en el público en Nigeria. La Ley pretende alcanzar tres objetivos básicos, que son[59]:

1. Considerar los efectos ambientales previos. Antes de que cualquier persona o autoridad tome la decisión de emprender o autorizar la realización de cualquier actividad que pueda afectar de forma probable o significativa al ambiente, primero se deben tomar en consideración sus efectos ambientales.
2. Promover la implementación de procedimientos adecuados para realizar el objetivo anterior.

[58] Sección 14, ley de EIA, 1992, LFN 2004.

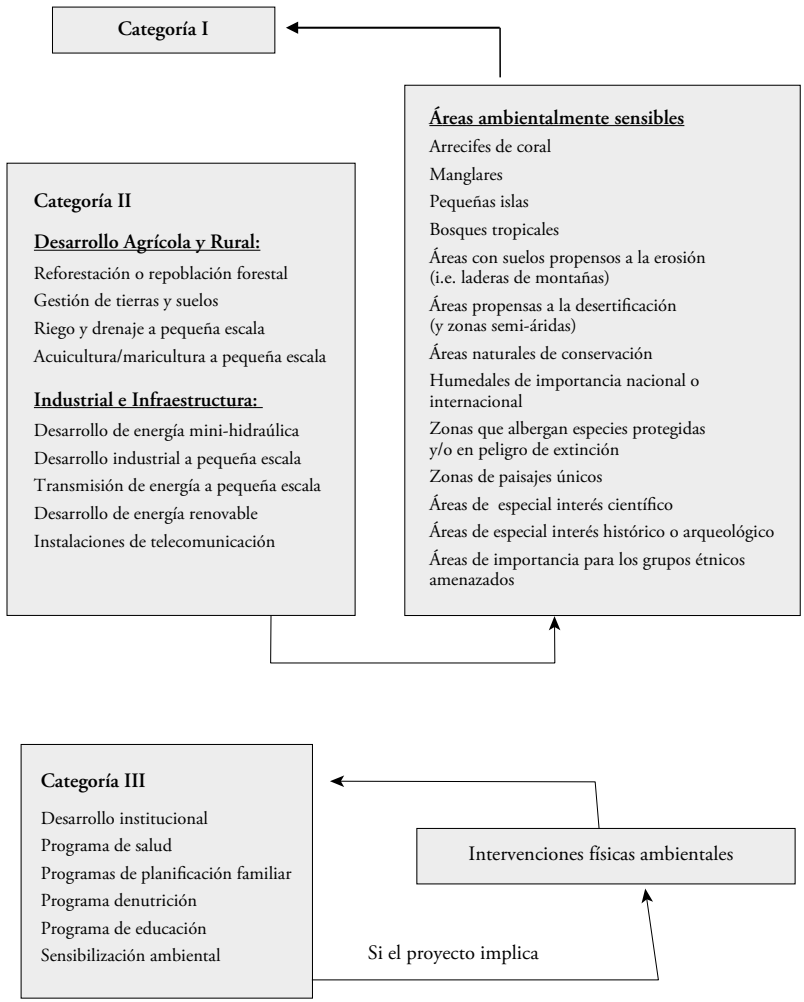
[59] Sección 2, ley de EIA, LFN 2004.

3. Fomentar el desarrollo de procedimientos recíprocos de notificación, intercambio de información y consulta en actividades que puedan tener efectos ambientales transestatales (fronterizos) significativos.

Tres componentes normativos constituyen el marco jurídico procesal para la EIA en Nigeria: la Ley de EIA, la Ley de ANANR y las directrices de EIA elaboradas por ANANR. En virtud de la Ley de EIA, un proponente debe obtener la aprobación de ANANR antes de emprender un proyecto. Un proyecto, tal y como se define en la sección 63.1 de la Ley, es «una obra física que un proponente propone construir, operar, modificar, desmantelar, abandonar o llevar a cabo de otro modo, o una actividad física que un proponente propone emprender o llevar a cabo de otra manera». Los proyectos se clasifican utilizando estos seis criterios: magnitud del proyecto, extensión o alcance, duración y frecuencia, riesgos asociados, significancia de los impactos y disponibilidad de medidas de mitigación para los impactos asociados y potenciales identificados.

Las tres categorías de actividades bajo las cuales la ANANR clasifica una evaluación se muestran a continuación, en la figura 1.

Figura 1. Directrices de ANANR



Fuente: Oficina del director general de ANANR.

Categoría 1: Actividades que requieren una EIA completa y obligatoria. Es o bien una actividad que está en la lista o una actividad que está fuera de la lista, pero el examen ambiental inicial muestra que la evaluación de impacto ambiental es necesaria[60].

Categoría 2: A menos que se encuentre dentro del área ambientalmente sensible, una EIA completa no es obligatoria.

Categoría 3: Actividades que pueden tener impactos beneficiosos en el ambiente.

En la Ley de EIA, ambiente significa los componentes de la Tierra[61], e incluye:

a) la tierra, el agua y el aire, incluidas todas las capas de la atmósfera;
b) toda materia orgánica e inorgánica y los organismos vivos; y
c) los sistemas naturales que interactúan y que incluyen los componentes referidos en los párrafos a) y b).

La ANANR ha elaborado directrices EIA para proyectos de diversos sectores (véase la figura 1), además de un procedimiento general de EIA para todos los sectores. El procedimiento contempla nueve etapas para que un EIA se declare concluyente (figura 2)[62]:

1. Propuesta de proyecto: el proponente que se embarque en un proyecto grande deberá notificar a ANANR formalmente presentando una propuesta de proyecto. La propuesta deberá incluir toda información pertinente necesaria para la siguiente fase. La presentación de una propuesta de proyecto a la ANANR significa que el proceso de EIA ha comenzado formalmente. Una vez recibida la propuesta, la Agencia inscribirá la propuesta

[60] Sección 12, ley de EIA, LFN 2004.

[61] La Ley de EIA no tiene una sección de interpretación, pero de la sección 12 se puede inferir este significado.

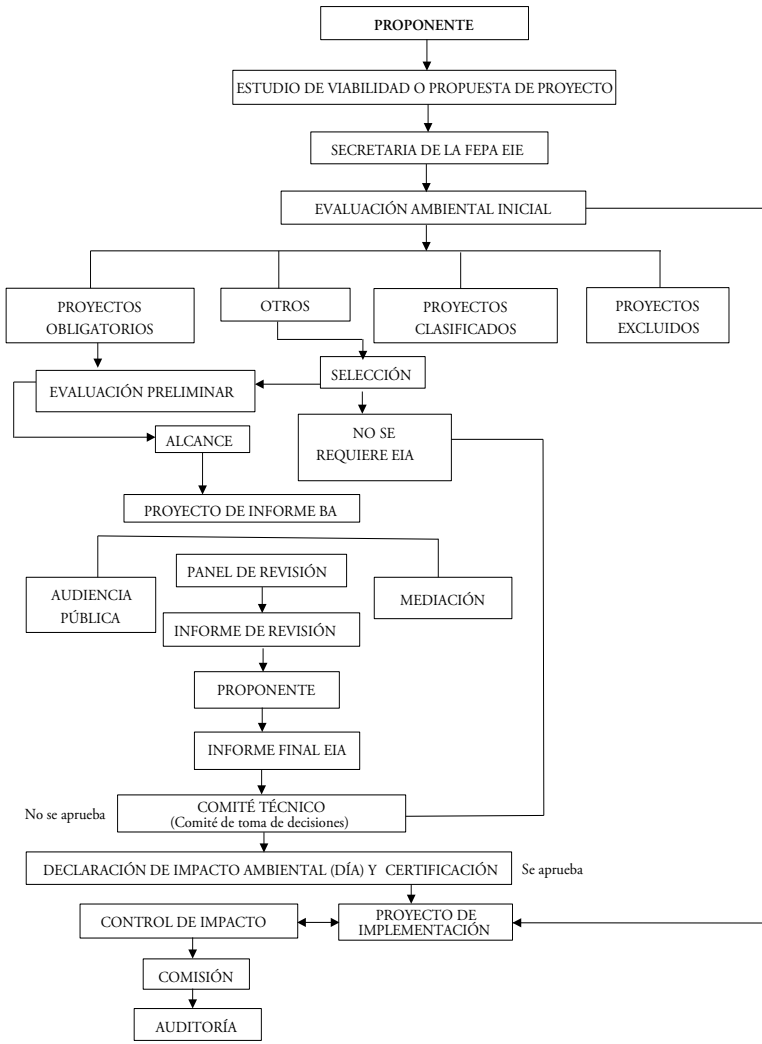
[62] Sección 15, ley de EIA, LFN 2004.

en su registro y emitirá un número de registro, y proporcionará al proponente todos los documentos necesarios para facilitar el proceso de la EIA.

2. Selección: tras recibir y registrar la propuesta, la Agencia realizará una evaluación externa independiente con el fin de asignar el proyecto adecuadamente a una de las tres categorías de actividades. Una vez estudiada la propuesta, la Agencia proporciona un informe escrito al proponente en un plazo de veinte días laborables a partir de la recepción de la propuesta.
3. Alcance: al recibir el informe de selección de la Agencia, el proponente llevará a cabo un ejercicio de determinación del alcance para asegurarse de que todos los impactos significantes y las alternativas razonables son abordadas de forma adecuada en la EIA previsto.
4. Redacción del informe final de la EIA y proceso de revisión: tras el estudio, que deberá ser financiado por el proponente, se presentará a la Agencia un proyecto del informe final para su revisión. Una vez revisado el informe, la Agencia resumirá los comentarios en un plazo de seis meses y los remitirá al proponente. El proponente realizará las modificaciones recomendadas que sean necesarias y las incluirá en el informe final de EIA. La Agencia tiene la prerrogativa de aprobar o desaprobar un proyecto basándose en varias condiciones estipuladas en la Ley de EIA. En una situación en la que se conceda la aprobación, puede establecerse un programa de seguimiento (por ejemplo, un plan de mitigación y cumplimiento) para asignaciones específicas que deben llevarse a cabo en las fases de construcción, de funcionamiento y puesta en marcha del proyecto.
5. Informe final de la EIA: el proponente debe presentar el informe final de EIA a la Agencia en los seis meses siguientes a la recepción de los comentarios de la Agencia. El incumplimiento de este plazo puede dar lugar a que la Agencia solicite un nuevo estudio de EIA.

6. Toma de decisiones: un comité técnico encabezado por el director general de la Agencia es responsable de la aprobación de las EIA. Una vez examinado detenidamente el informe final presentado por el proponente, el comité técnico considerará y aprobará la emisión de un certificado de EIA.
7. Ejecución del proyecto: tras la certificación, se espera que el proponente se embarque en el proyecto de acuerdo con todas las especificaciones contenidas en el informe final de EIA. Sin embargo, si el proyecto no es encargado dentro del periodo de validez de la certificación, la Agencia puede exigir un nuevo estudio de EIA.
8. Supervisión del cumplimiento de las medidas de mitigación (antes de la puesta en marcha): en el transcurso de la ejecución del proyecto, la Agencia tendrá acceso sin restricciones para supervisar el progreso del proyecto a fin de garantizar el cumplimiento con todas las medidas de mitigación propuestas y las especificaciones del proyecto.
9. Auditoría medioambiental (posterior a la puesta en marcha): la Agencia realizará una evaluación periódica de los impactos positivos y negativos del proyecto con el objetivo de mejorar el proceso de EIA.

Figura 2. Organigrama de Evaluación de Impacto Ambiental



Fuente: Ministerio Federal de Medio Ambiente.

3.2. Implementación de la evaluación de impacto ambiental y vacíos en su aplicación en Nigeria

Muchas de las deficiencias en la aplicación y el monitoreo de la EIA en Nigeria pueden rastrearse en la atención desproporcionada que los activistas y reguladores ambientales prestan al sector de la industria petrolera. La sensibilización es muy escasa en otros sectores, especialmente en el de la construcción. La sensibilización es muy limitada en otros sectores, especialmente en el de la construcción. En el caso de *FRN v. O.K Isokariari*, la ANANR había escrito tres veces al demandado solicitando la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto. La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es una condición previa a la realización de cualquier proyecto que pueda tener algún tipo de impacto ambiental. Cuando el demandado no presentó la EIA, ANANR llevó el asunto a los tribunales. El demandado se declaró inocente de la acusación, argumentando que el Gobierno del estado de Rivers, que le adjudicó el contrato, debía realizar la EIA. La empresa alegó también que el contrato era para la reconstrucción y no para la construcción de un nuevo mercado. Al dictar sentencia en el caso, el tribunal sostuvo que ANANR había dado el paso correcto al solicitar la EIA y que el demandado debería haber realizado una EIA antes de comenzar la construcción. El tribunal señaló que «el artículo 2 de la Ley de EIA se aplica tanto al sector privado como al público de la economía. Cualquiera de ellos que pretenda emprender un proyecto debe cumplir la Ley de EIA». El tribunal condenó a O.K. Isokariari & Sons Ltd. por el delito de iniciar la construcción de un nuevo mercado de la ciudad, en la antigua ciudad de Port Harcourt, sin conducir una EIA.

La práctica de la EIA ha sido testigo de un aumento en el nivel de participación tanto del sector privado como del público desde que pasó a formar parte del cuerpo legal de Nigeria. Sin embargo, existen vacíos que amenazan la credibilidad del proceso y reducen su eficacia como una herramienta muy importante para la protección ambiental.

Por lo general, en un país en vías de desarrollo, la adhesión estricta a los procesos establecidos es poco frecuente. En el caso de Nigeria, tras reconocer el aumento de la práctica de EIA, los estudios han demostrado que los procesos de EIA que concluyeron entre 2010 y 2015 son muy inferiores al número de proyectos de infraestructura iniciados en el mismo periodo. El sector público tiene más notoriedad que el sector privado por llevar a cabo proyectos que no cumplen el requisito de aprobación de la EIA. En el sector privado, la mayoría no conoce el proceso obligatorio de EIA., y los que conocen la EIA no están familiarizados con la clasificación de los proyectos que caen bajo la Ley de EIA. No obstante, el cumplimiento de la exigencia de EIA en el sector privado es, en general, mayor que en el sector público. Existen otros vacíos en dos aspectos principales: la administración y la participación pública. En cuanto a la administración, hay problemas de implementación, la politización de la EIA y la aplicabilidad de la ley.

La implementación de la legislación ambiental en Nigeria es, por lo general, holgada, descoordinada y plagada de conflictos de funciones, normas y responsabilidades entre los diferentes órganos y agencias del gobierno. Los conflictos se manifiestan en forma de incoherencias, superposiciones y duplicidades en las leyes y reglamentos que ordenan diferentes órganos estatutarios y de supervisión, ministerios, departamentos y agencias. En el caso de EIA ha habido una dicotomía de poderes administrativos entre ANANR y el Departamento de Recursos Petroleros. Mientras que ANANR está facultada por ley para aplicar evaluaciones de impacto ambiental en el sector público y privado, el Departamento de Recursos Petrolíferos se ha arrogado la misma autoridad para aprobar los EIA en el sector petrolero. El Departamento tiene sus propias directrices y normas en el marco de las SEAIP, que difieren de las directrices de ANANR. Dicha incoherencia y superposición en el proceso de la EIA se considera nacional, y otras que parecen ser sectoriales han dado lugar a falta de transparencia y a coordinación poco efectiva de la evaluación de impacto ambiental en todos los sectores.

La administración de la evaluación de impacto ambiental también es un ejemplo de la interfase negativa entre la política y la ley, tal como se ha comentado en el capítulo 6. La interferencia política en la administración general de la ANANR ha debilitado a la agencia y ha hecho que no cumpla con sus responsabilidades estatutarias. También ha impedido que la agencia muestre la voluntad necesaria a la hora de enfrentarse a los proponentes de proyectos en el sector privado y público que tienen la influencia política necesaria para eludir los procedimientos para insistir en el respeto de las normas y directrices de evaluación de impacto ambiental. Por ejemplo, el candidato a administrador de la AFPA en Estados Unidos debe ser aprobado por el Senado de Estados Unidos tras una audiencia pública y antes de que su nombramiento entre en vigor. Pero en Nigeria, el nombramiento del director general de la ANANR se realiza únicamente mediante el ejercicio de poderes ejecutivos, lo que da al gobierno federal una gran latitud de influencia política sobre la agencia.

La aplicación de la ley depende más de la discreción de la Agencia que de un proceso obligatorio. Por ejemplo, la ley no especificó quién puede presentar una demanda ante un tribunal para hacer cumplir una EIA. En el caso *Douglas v. Shell Petroleum Development Company Ltd. y otros*[63] la parte demandante solicitó una declaración contra la puesta en marcha de un proyecto de gas por parte de los demandados sin cumplir con la ley de EIA. El tribunal sostuvo que el demandante carecía de *locus standi* para interponer la acción. La falta de disposiciones en la ley que faculten a los particulares para solicitar la iniciación de una EIA o para impugnar su incumplimiento ante los tribunales deja a un particular con la única opción de hacer valer un derecho fundamental en virtud del capítulo IV de la Constitución nigeriana. Pero, como se destacó en el caso Douglas, los derechos ambientales no figuran en la Constitución.

[63] Demanda no reportada Nº FHC/CS/573/931.

La última brecha a tener en cuenta es el bajo nivel de participación pública. La ley de EIA prevé la participación pública[64]. Reconoce claramente la importancia de las aportaciones del público en el proceso de revisión de la EIA, detallando el procedimiento para notificar al público de la acción prevista y modalidades para presentar retroalimentación o reacciones por medio de comentarios. Además, en la ley se detallan las etapas en las que puede participar el público, como la exposición pública, la mediación y el panel de revisión. Sin embargo, una vez emitido el certificado de EIA, el público queda excluido de la etapa de supervisión y seguimiento, lo que disminuye la credibilidad de todo el proceso. Además, los proponentes de proyectos no están obligados a reunirse con las comunidades locales antes de emprender el proyecto y, aunque se les obliga a interactuar con las comunidades durante el proceso de EIA, no se prevé una disposición que sancione la falta de consulta pública. Además, la falta de comunicación efectiva entre el público y el gobierno dificulta la denuncia de infracciones al gobierno. La raíz del problema de la falta de comunicación puede ser rastreada a la falta de educación. La falta de conocimientos ambientales hace que sea difícil saber qué denunciar y cómo hacerlo.

3.3. El impacto social de las evaluaciones de impacto ambiental en Nigeria

La introducción y la práctica de EIA ha contribuido enormemente a la protección ambiental en Nigeria. Aunque el nivel de aplicación está actualmente por debajo de lo que debería ser, desde el inicio de la EIA en Nigeria se han examinado o evaluado varios proyectos. Algunos de estos proyectos son: Mobil Usari Production Facility en el estado de Akwa Ibom; Western Metal Products Company (WEMPCO) en Ikom, estado de Cross River; Mobil Natural Liquefied Gas Project en Nuevo Finima,

[64] Secciones 25, 39, 41 ley de EIA, LFN 2004.

estado de Rivers; y Mobil Capital Dredging of Approach Channel Off-shore Bonny en el estado de Rivers (Nwoko, 2013, pp. 22-31).

Aparte del interés del medio ambiente, que es el componente principal de la EIA, el proceso también contribuye a la planificación del desarrollo, ya que el proceso posterior a la aprobación está vinculado al proceso de aprobación de proyectos de conformidad con la Ley de Planificación Urbana y Regional. Cuando el proyecto es de carácter industrial, tras la aprobación de la EIA por parte de ANANR, el Ministerio Federal de Industrias puede tener que dar su propia aprobación, además de la aprobación del Departamento de Control del Desarrollo.

El ritmo del desarrollo desde el retorno al régimen democrático ha aumentado la conciencia de problemas sociales relacionados con los proyectos que inician los sectores público y privado. Esto atrae necesariamente el interés de las organizaciones de la sociedad civil por saber cómo afectarán los proyectos al medio ambiente y a la población. En la actualidad, algunos megaproyectos han sido evaluados no solo para conocer sus impactos ambientales, sino también para comprender sus impactos sociales. Por ejemplo, el informe de EIA del proyecto del segundo puente sobre el río Níger se titulaba «Evaluación del impacto ambiental y social del proyecto del segundo puente sobre el río Níger». La creencia de que el impacto ambiental no puede separarse del impacto social se ve reforzada por la práctica actual de los prestamistas internacionales que apoyan proyectos en los países en vías de desarrollo. Insisten en que se realice una evaluación del impacto ambiental y social de todos los proyectos que van a financiar. Esto también ha contribuido a la búsqueda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), ya que los países en desarrollo que obtienen fondos de los prestamistas internacionales se ven obligados a cumplir las condiciones acordadas por los prestamistas[65].

[65] La política de varias organizaciones internacionales ha sido que la EIA forme parte de las condiciones para la ayuda internacional. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1992 recomendó a los gobiernos miembros que adoptaran procedimientos y métodos de EIA en el proceso de concesión de ayuda a los

En la industria petrolera, los operadores han aumentado su nivel de cumplimiento con las directrices de EIA contenidas en las Guías y Estándares Ambientales para la Industria Petrolera de Nigeria (GEAIP, 1991), debido a la estricta supervisión del Departamento de Recursos Petrolíferos. La mayoría de los operadores han estado publicando los aspectos más destacados de su rendimiento ambiental.

El proceso de EIA en Nigeria sigue evolucionando y no está integrado como una ley sistémica, que responda a la introducción de todos los proyectos sobre los que la ley habilitante los empodera. La ejecución y el seguimiento están en un nivel bajo porque los reguladores no tienen la capacidad necesaria para cubrir el ritmo de desarrollo en un país en expansión como Nigeria. Dentro de las áreas en las que se espera que la ejecución sea efectiva, se ha descubierto que proyectos con un potencial muy alto de impacto ambiental negativo han sido completados en su funcionamiento sin una EIA. Por ejemplo, la desregulación parcial del sector derivado de la industria petrolera ha atraído a los inversores a la construcción de parques de tanques para el almacenamiento de productos petroleros. Recientemente, debido a los informes sobre la contaminación causada por las fugas, los residentes de las comunidades que acogen los parques de tanques están en peligro y el gobierno está investigando si los propietarios realizaron la EIA obligatoria que exige la ley, para determinar los efectos de dichos proyectos en sus comunidades. Una mayor orientación del público hacia una mayor participación reforzará la ejecución y ayudará a controlar las EIA en todos los sectores. La gente solo puede participar en aquellos asuntos de los que tienen

países en desarrollo. En 1989, el Banco Mundial dictaminó que la EIA de los grandes proyectos debía ser emprendida normalmente por el país prestatario bajo la supervisión del Banco, que en 1999 actualizó sus orientaciones sobre EIA. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) también formuló recomendaciones a los Estados Miembros en relación con el establecimiento de procedimientos y objetivos y principios establecidos para la EIA. Posteriormente, en 1988, publicó orientaciones sobre la EIA en los países en vías de desarrollo.

conocimiento. La práctica actual de restringir la publicación en los medios de comunicación impresos de un proyecto propuesto que se someterá a una EIA es un ejercicio que se limita simplemente a cumplir la interpretación literal de la ley, pero no cumple con la intención de permitir la participación pública.

4. El marco chileno para el sistema de evaluación de impacto ambiental

El derecho ambiental chileno está establecido en la Constitución, pero está interpretado junto con los derechos económicos, como se trató en el capítulo 5[66]. El sistema legal chileno estableció un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en la ley 19300 y fue regulado por el decreto supremo 95 hasta 2013, y desde 2014 por el DS 40 del Ministerio del Medio Ambiente. Para efectos de un análisis legal comparativo funcional, la siguiente sección expone los esenciales del SEIA de Chile.

4.1. Contexto general

El SEIA se centra en la determinación y evaluación de todos los impactos ambientales de un proyecto o actividad, tanto los que impactan en los ecosistemas como los que afectan a grupos humanos o valores socioculturales. Cuando estos impactos son significativos[67], la ley obliga al titular del proyecto o actividad a presentar un estudio de impacto

[66] Hay que tener en cuenta que el SEIA se implantó en Chile en 1994. La ley y el órgano regulador que se describen más adelante son los mismos instrumentos de entonces, pero su fecha actual obedece a las ligeras modificaciones que han experimentado a lo largo de los años, que no han afectado a la estructura global del SEIA y que no son pertinentes para esta investigación.

[67] Cuando los impactos no son significativos, el propietario del proyecto debe presentar a la SEIA solamente una declaración de impacto ambiental, que no considera ninguna medida de mitigación, reparación o compensación, pero debe incluir un plan de cumplimiento legal.

ambiental (EIA) y a establecer las medidas de mitigación, reparación o compensación adecuadas para hacer frente a los impactos.

La ley 19300 ofrece la siguiente definición de SEIA: «proceso bajo la autoridad del Servicio de Evaluación Ambiental que se basa en un Estudio de Impacto Ambiental o en una Declaración de Impacto Ambiental, y que determina si una actividad, el impacto ambiental de una actividad o un proyecto se ajusta a la normativa vigente» (artículo 2 (J) de la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile)[68]. Esta ley exige una licencia para los proyectos y actividades que se ajusten a las descripciones contenidas en la ley, cuando superen determinadas magnitudes (artículo 10 de la ley). Hay que tener en cuenta que, a pesar de su pertinencia, la licencia ambiental, tal y como se regula en la legislación chilena, es solo una de las muchas licencias que un proyecto o una actividad necesita adquirir antes de comenzar. Por último, el derecho ambiental regula lo que denomina «Instrumentos de Gestión Ambiental», uno de los cuales es el SEIA (título 2 de la ley).

4.2. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno

En la práctica, cuando alguien está operando bajo el SEIA de Chile, se debe verificar si el proyecto o actividad está listado entre los que requieren una evaluación, basado en el artículo 10 de la ley 19300 y el artículo 3 del Cuerpo Normativo Regulador (S.D. 40/2013 EM). En esta forma de listar, el sistema chileno sigue la práctica general internacional, con algunas diferencias en el tipo de proyectos incluidos, y ninguna consideración de caso a caso.

Si el proyecto está en la lista, el ejecutor de un proyecto o una actividad que se describe en la ley ambiental debe presentar un EIA o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), dependiendo si su ejecución generará impactos adversos ambientales significativos,

[68] https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667

de conformidad con las normas previstas en la propia ley y su órgano regulador (artículo 4 de la ley).

Una de las primeras y principales diferencias entre EIA y una DIA es que el EIA implica un proceso de participación pública obligatorio y automático, pero la DIA solo tiene la posibilidad de incluir la participación pública, dependiendo de si la comunidad lo solicita, y si el proyecto genera externalidades negativas o beneficios sociales. Estas normas también establecen el contenido para el DIA y el EIA, con una descripción detallada de cada elemento que debe ser considerado por el ejecutor, disponiendo además que el incumplimiento de los elementos del contenido dará lugar al rechazo de la DIA o el EIA (artículos 12-19 de la ley).

En cualquier caso, las disposiciones de la ley y de los órganos reguladores aseguran un contenido exhaustivo para los EIA y las DIA. La cantidad de información ambiental que proporciona una DIA lo convierte en una herramienta eficaz para descubrir los activos ambientales de las zonas que rodean los lugares de los proyectos. Cuando el EIA o el DIA es presentada a la autoridad correspondiente -regional o nacional según el ámbito del proyecto- es comunicada a todos los órganos técnicos del estado con competencias ambientales relacionadas con el proyecto bajo evaluación (artículos 9 y 35). Estos órganos técnicos revisan y debaten la EIA de un proyecto, y evalúan la calidad del contenido de la DIA o el EIA, teniendo el poder de solicitar más información o de rechazar la DIA o el EIA por falta de material sustancial (artículo 36).

No obstante, los órganos estatales que participan en la EIA de un proyecto deben emitir sus opiniones técnicas en el marco de las competencias técnicas ambientales que poseen, y según las normas relativas a la EIA previstas por la ley y su órgano regulador (artículo 35). El proceso técnico de evaluación concluye con un informe exhaustivo que contiene los detalles pertinentes de la DIA o EIA y las opiniones técnicas emitidas por los órganos del Estado durante la evaluación (artículo 44). Este informe también incluye una recomendación para

conceder o rechazar la licencia ambiental del proyecto en evaluación (artículo 56.1)[69]. Hasta esta etapa, el SEIA es un reglamento detallado y un sistema técnico que sirve de guía para el proceso, mientras que los órganos técnicos del Estado aplican sus competencias ambientales para evaluar la conformidad de la EIA del proyecto con la normativa ambiental.

La etapa final de la decisión de otorgar o rechazar una licencia ambiental es, sin embargo, realizada por la Comisión de Medio Ambiente (artículo 59). Representantes de los ministerios del Estado, designados bajo criterios políticos, conforman esta comisión (artículo 86). El comité encargado de dictaminar los reclamos contra el otorgamiento o rechazo de la licencia ambiental también está conformado por ministros de Estado nombrados por la ley (artículos 77-81). Ni la Comisión de Medio Ambiente ni el comité de ministros están obligados a aceptar la recomendación contenida en el informe técnico descrito anteriormente, salvo por aquellos aspectos que sean expresamente «aspectos regulados» según el artículo 9 de la ley 19300. Se puede concluir que el SEIA, tal y como se ha descrito, deja un vacío entre el proceso de evaluación, que realizan los órganos técnicos, y la etapa de toma de decisiones, que realizan los órganos políticos, reflejando una interfase interna y estructural del derecho y la política, como se ha tratado en el capítulo 6. Esta tensión suele reflejarse en la evaluación de proyectos de gran escala donde los requisitos técnicos entran en conflicto con las contingencias políticas, disociando el proceso de toma de decisiones de la información ambiental proporcionada por la EIA.

Por último, es difícil encontrar razones suficientes para rechazar un EIA o DIA., ya que el SEIA de Chile se creó como un proceso para aprobar proyectos y no para rechazarlos. Las razones son que, por un lado, el SEIA es un instrumento de autorregulación bajo el control de los

[69] El informe considera esta recomendación solo para los proyectos evaluados a partir del año 2010.

evaluadores. Ellos determinan sus proyectos de la manera que quieren y deciden la cantidad de información que están dispuestos a hacer pública. Por otro lado, el SEIA es un procedimiento «incremental», lo que significa que durante el proceso de evaluación se mejorará el proyecto propuesto basándose en las observaciones dadas por las diferentes autoridades en cada paso.

En la siguiente sección se exponen tres cuestiones relativas a la capacidad del SEIA chileno para garantizar la eficacia sustantiva y procesal, cada una de las cuales está conectada con cuestiones culturales y sociales: las compensaciones de biodiversidad, la segmentación indebida de los proyectos y la participación pública.

4.3. Compensaciones de biodiversidad

Entre los impactos ambientales significativos reconocidos por la ley se encuentra la generación de «efectos adversos significativos en la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables» (artículo 11.b). A ellos hay que añadir la circunstancia de «la ubicación en o cerca de recursos y zonas protegidas, espacios prioritarios para la conservación, humedales y glaciares protegidos, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en el que se pretende ubicar» (artículo 11.d).

Las medidas de mitigación se definen como aquellas cuya finalidad es evitar o reducir los efectos adversos del proyecto o actividad (artículo 98 del nuevo reglamento SEIA, DS 40). Ejemplos incluyen medidas que previenen o evitan completamente el efecto adverso significativo, al no ejecutar una obra o acción, o cualquiera de sus partes; medidas que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, por medio de una limitación o reducción adecuada de la extensión, magnitud o duración de la obra o acción, o de cualquiera de sus partes; y medidas que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, a través de medidas tecnológicas o de gestión consideradas en el diseño.

Las medidas de reparación o restauración se definen como aquellas cuya finalidad es reponer o sustituir uno o varios de los componentes o elementos del ambiente a una calidad similar a la que tenían antes del daño causado o, si no es posible, restablecer sus propiedades básicas (artículo 99 del reglamento). Sin embargo, en muchos casos, una vez establecidas las medidas para evitar, minimizar o reparar dichos impactos, las medidas restantes no solo son inevitables para el desarrollo de un proyecto o actividad, sino que son irreversibles y permanentes. En tales casos, no se establecerán medidas de mitigación o reparación. Solo es posible establecer medidas de compensación, es decir, aquellas medidas destinadas a producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado (artículo 100 del reglamento).

Como ejemplo, la complejidad de un concepto como biodiversidad dificulta la evaluación de los impactos de un proyecto propuesto. La evaluación de los impactos suele centrarse únicamente en los «componentes» de la biodiversidad: qué está presente y con qué abundancia. El proceso debería contemplar otros dos aspectos: la estructura, es decir, cómo se organizan las unidades biológicas en el tiempo y el espacio; y la funcionalidad o procesos clave, es decir, qué procesos físicos, biológicos o antrópicos desempeñan un papel pertinente para la creación o el mantenimiento de la biodiversidad. La reforma de la política en Chile 2013/2014 trata de incluir todos estos parámetros de evaluación de impactos[70].

Finalmente, la compensación de la biodiversidad o indemnización (el SEIA de Chile no distingue entre ellas) consiste en la conservación efectiva de la biodiversidad como resultado de acciones diseñadas para reemplazar los impactos adversos significativos causados por un proyecto, una vez que se han tomado las medidas apropiadas para evitar dichos impactos o, si esto no es posible, para mitigarlos o repararlos.

[70] Utilizamos esta referencia de dos años, ya que el reglamento se publicó en diciembre de 2013, pero empezó a ser obligatorio en 2014, como tendremos ocasión de explicar más adelante en este trabajo.

Esto se conoce como el «principio de la jerarquía de mitigación», que significa primero evitar, luego mitigar, después restaurar y solo después compensar. El objetivo de la compensación es lograr que no haya una pérdida real de biodiversidad, lo que se denomina el «principio de no pérdidas netas». Así, cualquier acción de compensación debe demostrar un resultado de conservación que sea mensurable y adicional[71].

En cuanto al concepto de equivalencia o, en el presente contexto, equivalencia ecológica, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos clave para su determinación:

a) La definición de objetivos detallados de biodiversidad (por ejemplo: población de plantas y animales, tipos de comunidades, propiedades de un ecosistema, etcétera);

b) el desarrollo o la selección de indicadores o métricas adecuadas;

c) la identificación de una línea de base adecuada para calcular las pérdidas y ganancias, así como lo que hay que abordar;

d) la temporalidad; y

e) las incertidumbres, tanto en la evaluación como en los resultados de la compensación (Quétier & Lavorel, 2011).

Sin embargo, existen más de cien métodos diferentes en todo el mundo para cuantificar y comparar la pérdida y la ganancia de especies, hábitats y servicios ecosistémicos, y hay poca legislación u orientación que aporte claridad sobre lo que significa en la práctica el principio de no pérdida neta (o, mejor aún, de ganancia neta)[72]. En este sentido, en materia de medidas de compensación de biodiversidad, también se aplica el principio de «igual por igual», es decir, la exigencia de que exista una relación directa entre los objetos ambientales afectados por un determinado proyecto y los objetos sobre los que se aplicará la compensación (es decir, el mismo tipo de biodiversidad).

[71] https://www.forest-trends.org/publications/bb op-overview-2009/

[72] https://www.forest-trends.org/publications/bbop-overview-2009/

La reforma de la política chilena trata de tener en cuenta todos estos aspectos diferentes de la compensación de biodiversidad, como se ha descrito anteriormente. El artículo 100 define las medidas de compensación como aquellas destinadas a producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no pueda ser mitigado o reparado. Las medidas incluirán, entre otras, la restitución de los recursos naturales o elementos ambientales afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.

A partir de ahí, el artículo 101 de la reforma de la política chilena provee algunas reglas respecto a los lugares donde se deben adoptar las medidas, al decir que los efectos de las medidas de mitigación y reparación deben producirse en las áreas o lugares donde se presenten o generen los impactos significativos sobre elementos del medio ambiente. Las medidas de compensación se llevarán a cabo en las áreas o lugares donde se presenten o generen los impactos significativos o, si esto no es posible, en otras áreas o lugares donde sean efectivas.

Como el contenido de estas nuevas normativas se proporciona en solo dos artículos, sin más detalles, el Servicio de Evaluación Ambiental y el Ministerio de Medio Ambiente publicaron en 2014 una Guía para la compensación de biodiversidad del SEIA oficial, explicando con un poco más de detalle los conceptos e ideas introducidos anteriormente. La guía no vinculante proporciona algunas definiciones a términos que no se utilizan científicamente en la reforma chilena. Por ejemplo, «clase» puede entenderse como un nivel de biodiversidad (genes, especies, ecosistemas). Una medida de compensación debe especificarse en la misma clase de biodiversidad. Además, la naturaleza, calidad y características pueden interpretarse como una referencia a cualquiera de los tres atributos de composición, estructura y función de la biodiversidad.

Una revisión de los proyectos tramitados en la DIA muestra que, aunque existe una asociación general entre lo que se entiende por mitigación, reparación o compensación, el criterio para identificar una medida como de una u otra clase no es unívoco y a menudo se califica

de diferentes maneras. Así, las medidas más frecuentes relacionadas a los impactos de pérdida de vegetación o flora corresponden al trasplante (también llamado «rescate y reubicación») de flora y reforestación con nuevas plantas en zonas distintas a aquellas en las que se produce el impacto de pérdida por tala o extracción de vegetación o flora. Aunque la medida de rescate y reubicación siempre se clasifica como compensación, la reubicación a la vez se clasifica como mitigación[73] y otras veces no se clasifica en lo absoluto[74].

Algo similar ocurre con los impactos sobre la fauna. Una medida recurrente para hacer frente a la pérdida de hábitat, o el impacto sobre poblaciones significativas de especies o sobre especies clasificadas en alguna categoría de conservación, es el rescate y reubicación de individuos de las especies afectadas. Esta medida se entiende generalmente como mitigación, pero también ha habido casos en los que se le caracteriza como compensación[75].

La confusión es significativa. Si el daño es a los individuos de la especie que se está salvando, el objetivo de la medida será reinsertarlos en otro hábitat, mitigando así el impacto del proyecto propuesto. Esta calificación como medida de mitigación se centra en el individuo. No tiene en cuenta la pertinencia del desplazamiento ni los efectos donde se reintroducirán los individuos desplazados. Por otro lado, podría entenderse que los hábitats están siendo alterados de forma irreversible, y entonces las medidas de compensación son más apropiadas.

Ni antes de la reforma de la política ni después se ha proporcionado ningún tipo de definición del concepto de equivalencia en el reglamento, a pesar de que es el concepto central en torno al cual se construye la compensación de biodiversidad. Tampoco hay pautas sobre los

[73] Proyectos «Depósito de relaves en Pasta sector 5» y «Manejo y disposición de RISES de combustión del complejo termoeléctrico Ventanas».

[74] Proyecto «Planta desalinizadora Minera Candelaria».

[75] Proyectos «Planta desalinizadora Minera Candelaria» y «Depósito de relaves en Pasta sector 5».

indicadores o métricas de la compensación de biodiversidad; ni siquiera los componentes que deben utilizarse en una ecuación. Esta omisión permite a las empresas consultoras privadas que preparan DIA y EIA determinar las características de estas métricas según sus propias necesidades.

4.4. La segmentación inadecuada de los proyectos

Existen dos normas relevantes en Chile respecto a la segmentación inadecuada de los proyectos desde una perspectiva ambiental. La primera, el artículo 11 de la ley 19300, que establece que:

> Los proponentes no podrán fragmentar a sabiendas sus proyectos o actividades para variar el instrumento de evaluación o para evitar el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será responsabilidad de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar el incumplimiento de esta obligación y requerir del proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, el adecuado ingreso al sistema. Las disposiciones del párrafo anterior no se aplicarán cuando el proponente confirme que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.

La segunda, el artículo 3 (K) de la ley 20417, que establece que la Superintendencia del Medio Ambiente podrá:

> Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 de la ley Nº 19300.

El artículo 11 de la ley 19300 se estableció dentro del procedimiento de evaluación ambiental de proyectos, pero la competencia para sancionar sigue siendo de la Superintendencia del Medio Ambiente, institución

que tiene la competencia para monitorear todos los instrumentos de evaluación ambiental, uno de los cuales es el permiso ambiental que concluye el proceso de EIA.

Los ciudadanos pueden obligar a los proyectos a someterse al sistema de EIA a través de una queja formal ante la Superintendencia de Medio Ambiente. Uno de los actos que causa que un proyecto sea forzado a entrar en el sistema EIA es la fragmentación inadecuada de los proyectos. Sin embargo, las empresas suelen ofrecer un programa de cumplimiento para comenzar a cumplir con las normas que fueron infringidas. La aceptación de estos programas no puede ser cuestionada por las comunidades o los ciudadanos.

Esta normativa se introdujo debido al abuso ambiental en proyectos inmobiliarios que evitaban permanentemente entrar en el sistema de EIA al quedarse por debajo del umbral de viviendas o hectáreas. A partir de esa experiencia, se han determinado una serie de elementos esenciales, que incluyen «proponente», «fragmentación», «a sabiendas» y «eludir» o «variar».

El artículo 11 utiliza la palabra «proponente». Comparando cuidadosamente las diferentes normas aplicables, concluiríamos que los proponentes son aquellas personas que se encuentran en el SEIA en alguna etapa de la evaluación del proyecto pero que aún no han obtenido el permiso. Además, un proponente es la persona que propone una EIA o DIA. Sin embargo, la Superintendencia de Medio Ambiente aplica el concepto de manera más amplia, incluyendo a los titulares de proyectos o permisos, e incluso a personas antes de que propongan algún EIA o DIA. La ley no da una definición de los conceptos de fragmentación o división. Uno de los principios básicos de cualquier sistema de evaluación ambiental es el principio de integración, que exige evaluar los proyectos en función de la naturaleza total de la actividad propuesta, y no por segmentos de ningún tipo, incluyendo aspectos, partes o territorios.

La ley utiliza el concepto «a sabiendas» para implicar que «el autor tiene conocimiento de los hechos que constituyen la infracción, así como

de su significado ilícito». El uso precedente del término «a sabiendas» ha sido confirmado por la jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso 35693-2014, confirmada por la Corte Suprema en el caso 3014-2013, señaló que el concepto «a sabiendas» en la división de proyectos debe entenderse en el sentido de que «ha actuado fraudulentamente, de mala fe, al romper su proyecto, que no está probado en este procedimiento ni en ningún otro». La Corte de Apelaciones de Santiago, en el mismo caso, se pronunció en el mismo sentido[76].

El término «eludir», según la Real Academia de la Lengua Española, significa «evitar con astucia una dificultad o una obligación» o «no tener en cuenta algo, por inadvertencia o intencionadamente». Parece que, según esto, la norma prohíbe la astucia dirigida a abusar de una forma de actuación que permita evitar el ingreso al SEIA. En este sentido:

> [...] lo que se sancionaría sería la utilización de actos jurídicos atípicos o negocios exentos de una causa específica que, organizados de tal manera, simulen una acción con el fin de prevenir que un proyecto o actividad o una parte de éste, sea evaluado en la SEIA y así obtener un beneficio específico[77].

Siguiendo esta línea de argumentación, la elusión del SEIA sería una forma de fraude. El término «variar» significa utilizar varios DIA simultáneamente. Observando las prácticas administrativas de la Superintendencia de Medio Ambiente chilena, podemos derivar cinco criterios principales que orientan la aplicación de la fragmentación indebida de proyectos: levantamiento del velo, unidad funcional, análisis espacial-temporal, ejecución en etapas y participación pública. Hasta el momento, no existe jurisprudencia en las cortes ambientales chilenas sobre estos criterios.

---

[76] Caso 40665-2013, acumulativo al No. 42513-2013, confirmado por la Corte Suprema en el caso 11982-2013.

[77] Caso 40665-2013, acumulativo al No. 42513-2013, confirmado por la Corte Suprema en el caso 11982-2013.

En términos sencillos, la teoría del «levantamiento del velo» (de la personalidad jurídica) hace lícito que los tribunales, en ocasiones, dispensen con la forma externa de las personas jurídicas y, posteriormente, penetren en su interior para revelar los intereses subjetivos subyacentes y llegar a las personas y bienes que están protegidos bajo el velo. La Superintendencia de Medio Ambiente ha aplicado la teoría en alguna medida, cuando investigó las estructuras corporativas y las relaciones comerciales entre las partes involucradas para determinar, principalmente, la intencionalidad en la configuración de los hechos que dan lugar a la infracción.

La interdependencia de una o varias partes de un proyecto, conocida como su «unidad funcional», genera la necesidad de evaluarlo de forma conjunta y unitaria, especialmente en lo que respecta a su finalidad económica. Las características espaciales de las obras o partes del proyecto, y las cuestiones temporales de las actividades relacionadas con él, como ciertos procedimientos realizados antes del inicio de las obras, pueden tenerse en consideración a la hora de determinar una posible fragmentación. Un cuarto criterio se separa en Chile, aunque no se separa a nivel internacional: la ejecución del proyecto por etapas. En el nivel internacional, el hecho de que un proyecto pueda o deba ejecutarse por etapas no es un criterio diferencial para establecer si se produce o no la fragmentación de un proyecto. El caso chileno sería diferente, según el artículo 11, § 2 de la ley 19300, si se demuestra que el proyecto se ejecutará por etapas.

Aunque la EIA y la DIA consideren los procedimientos de participación pública de forma diferente, son similares en el sentido de que el resultado del proceso de participación pública no es vinculante para las autoridades. El documento que contiene todas las observaciones del público solo debe ser considerado por la EIA y debidamente respondido, pero no es seguido por ella. Esto ha dado lugar a una gran cantidad de litigios.

5. Los elementos de una evaluación de impacto ambiental efectiva

La EIA es una herramienta muy difundida en los marcos jurídicos nacionales (Sands, 2018, p. 601), pero se sabe poco sobre su contribución real a la sostenibilidad. En cuanto al sector del petróleo y el gas, por ejemplo: «La EIA se ha convertido en un componente establecido de las disposiciones reglamentarias para la explotación de petróleo y gas en alta mar. Sin embargo, aunque estas disposiciones reflejan el deseo de promover la responsabilidad ambiental en el sector, se sabe relativamente poco sobre la contribución de la EIA hasta la fecha» (Barker & Jones, 2013, pp. 31-39).

Algunos elementos de la estructura de la EIA operan correctamente, como la recopilación y presentación de datos, pero otros, como la resolución de problemas y las propuestas de mejores alternativas, no lo hacen (p. 33). Estas conclusiones cuestionan la eficiencia de la EIA a la hora de tomar decisiones sostenibles.

Tras una exhaustiva revisión de la literatura, los investigadores Chanchitpricha y Bond (2013) han descubierto que «la efectividad puede dividirse en cuatro categorías: procesal, sustantiva, transactiva y normativa» (p. 66). Siguiendo el propósito de esta investigación, nuestro enfoque se ha centrado en la categoría procesal que «considera los principios y la práctica del proceso de evaluación de impacto», y aborda si los procesos de EIA se ajustan a las disposiciones y principios establecidos. Algunos factores para tomar en cuenta son el contexto político y la activa participación pública.

También hemos considerado la categoría sustantiva que está relacionada con «la realización de los objetivos acordados de la herramienta de evaluación del impacto» (p. 66), como, por ejemplo, el apoyo a la toma de decisiones bien informadas que da lugar a la protección ambiental. En cuanto al proceso de toma de decisiones, señalaron que la efectividad se logra cuando se tienen en cuenta «todos

los documentos obligatorios producidos como parte del proceso de [Evaluación Ambiental Estratégica/Evaluación de Impacto] sumado al diálogo continuo entre las partes involucradas en el proceso de decisiones informadas en la versión final del programa» (p. 70) Los autores afirman que:

> En resumen, los factores que influencian la efectividad sustantiva son los marcos normativos sobre la aplicación de la evaluación del impacto en el proceso de toma de decisiones, los mecanismos en el contexto de la toma de decisiones, la disponibilidad de la participación de las partes interesadas y del público, y las credenciales de comunicación del informe de evaluación del impacto en función de su calidad y exactitud (Barker & Jones, 2013, p. 69).

6. Conclusiones de las comparaciones entre las distintas culturas

Como se muestra en este capítulo mediante las comparaciones a través de las culturas de África, América y Europa, el sistema de EIA ha sido uno de los instrumentos de gestión ambiental más utilizados en el mundo. Sin embargo, sus contribuciones al desarrollo sostenible en cada país a menudo no se han registrado o no se han comunicado y, por tanto, se desconocen. No obstante, tanto los factores procesales como los sustantivos de los sistemas de EIA están evolucionando en cada cultura para determinar su efectividad. Uno de los temas más importantes que se está debatiendo y mejorando continuamente es el papel y el alcance del proceso de participación pública.

Cada cultura está afrontando vacíos conocidos y desafíos específicos que socavan la efectividad de la EIA. Los sistemas de EIA de la UE y de Nigeria tienen mecanismos de selección y requieren un análisis alternativo, pero el sistema de EIA de Chile no lo tiene. Además, parece haber una tendencia a la politización de los sistemas de EIA que se traduce en una

mayor demanda de resoluciones técnicas de las evaluaciones ambientales y la aprobación de proyectos.

El objetivo principal de la EIA chilena es influir en los procesos de toma de decisiones, proporcionando información ambiental sobre las consecuencias de la ejecución de un proyecto. Para lograr este propósito es necesario evaluar si todos los documentos obligatorios producidos como parte del proceso de evaluación ambiental estratégica y de evaluación del impacto, junto con el diálogo continuo entre las partes involucradas en el proceso, informan las decisiones sobre la versión final del programa (Chanchitpricha & Bond, 2013, pp. 43, 65-72, 70). Teniendo en cuenta estos elementos, es importante destacar que el marco chileno para las EIA ordena que no haya conexión entre la información ambiental proporcionada en las EIA y la toma de decisiones final.

Además, el SEIA está estructurado de manera que permite que la etapa de toma de decisiones no tenga en cuenta la información ambiental proporcionada por el proceso EIA. El SEIA tiene un vacío entre el proceso de evaluación, que es llevado a cabo por los órganos técnicos, y la etapa de toma de decisiones, que es realizada por los órganos políticos. La estructura de la EIA de Chile se centra en la producción de información ambiental para tomar la decisión particular de otorgar o rechazar una licencia ambiental. En Chile, la EIA se mantiene aislada de la planificación ambiental estatal, salvo en la medida en que el SEIA chileno exija una licencia para determinadas actividades. Por último, un procedimiento específico para evitar legalmente el sistema de EIA, llamado «Carta de pertinencia del proyecto», permite a las empresas preguntar al Servicio de Evaluación Ambiental si un proyecto debe entrar en el sistema de EIA o no. Este proceso se lleva a cabo sin ningún proceso de participación pública, y se realiza a pesar de las competencias de la Superintendencia de Medio Ambiente para forzar a los proyectos a entrar en el sistema de EIA.

Sin embargo, la regulación en Chile para el particionamiento de proyectos dentro del sistema de EIA es bastante singular, y sigue siendo

un mecanismo poco utilizado, ya que es muy difícil probar la intención del proponente. No obstante, al mismo tiempo, la creciente pertinencia de esta institución específica es un signo de la cultura jurídica de este país, donde la confianza entre las autoridades, las comunidades y otras personas interesadas es casi inexistente, y la focalización recae en la resolución de disputas como alternativa a la planificación y evaluación ambiental. Esta característica no se observa, por comparación, al mismo nivel en los países de la UE, donde el sistema de EIA está bien regulado en comparación, y el proceso de participación pública está bien establecido.

Por último, se puede decir que el derecho ambiental en Chile está *seizado*, pero solo en parte. Aun cuando se intenta resolver los problemas ambientales a través del proceso de EIA, casi siempre resulta en un litigio ante los tribunales ambientales. El análisis de los Estados Miembros de la UE seleccionados indica que, aunque la EIA como tal no es un procedimiento de permiso autónomo (UNECE, 2014, p. 127), existe una tendencia ascendente a percibir el procedimiento de EIA y los subsiguientes procedimientos de autorización de forma conjunta y, por tanto, más coherentemente. Dicha coherencia reduce los conflictos en las leyes aplicables a las distintas etapas de los procedimientos de EIA.

Al examinar los derechos de participación pública y acceso a la justicia asociados al procedimiento de EIA, no se puede subestimar la influencia de la legislación de la UE y del Convenio de Aarhus. Esto es visible, en particular, cuando se observan los derechos del público interesado. Aunque existen ciertas diferencias entre los enfoques de las culturas tratadas en relación con los conceptos y derechos del público y del público interesado, las legislaciones de los países seleccionados también se superponen, ya que las respectivas leyes de EIA comparten una base común. No obstante, es necesario percibir los procedimientos de EIA y su implementación en la práctica a la luz de los determinantes e influencias sociales, políticas y culturales (Morgan, 2012, pp. 5, 10). La doctrina de la Convención de Aarhus sobre la vulneración de los derechos, que influenció la legislación de la UE, es un reto para un país

como Alemania, con un enfoque históricamente conservador de los derechos de acceso a la justicia. La armonización en este sentido no ha sido un proceso fácil, que ha requerido una clarificación por parte de la TJUE. Teniendo en cuenta que los derechos del público y el público interesado están hoy en día firmemente establecidos en todas las culturas que hemos examinado, hay razones para concluir que el procedimiento de la TJUE, tal como se aplica en los países de la UE, representa esencialmente una herramienta viable para una mejor ejecución y cumplimiento de la legislación ambiental.

Aunque a primera vista las leyes nigerianas de EIA parecen un ejemplo perfecto de la viabilidad de un trasplante legal de una cultura a otra (Yang & Percival, 2009, pp. 625-630), el uso de legislación importada de EIA también puede resultar bastante impropio y disfuncional. Los procedimientos formalizados adoptados en los países occidentales que garantizan la neutralidad, la imparcialidad y, hasta cierto punto, la predictibilidad, resultan a veces algo inflexibles, excesivamente burocráticos y no responden debidamente a las necesidades de las culturas jurídicas de los países en desarrollo (Abaza, 2004, p. 19). Un estudio realizado bajo los auspicios del PNUMA determinó de que el proceso de desarrollar un marco jurídico nacional e institucional tiene, en general, mejores resultados en los países en desarrollo que un proceso impuesto desde el exterior[78]. Esto implica y fomenta la introducción de sistemas y procedimientos de EIA desde la base, a partir de procedimientos no reglamentarios y estudios piloto (Abaza, 2004, p. 21). Tal enfoque se aplicó, por ejemplo, en Nepal, donde la elaboración de un Sistema Nacional de EIA fue identificada como una prioridad por la Comisión Nacional de Planificación. Aunque las directrices de EIA se elaboraron en colaboración con la Unión Internacional para la Conservación de

[78] Por otra parte, el estudio de PNUMA menciona también que el sistema de EIA de Nigeria estaba originalmente basado estrechamente en el sistema de EIA de Canadá, por lo que el éxito de los distintos enfoques podría depender de cada caso. Ver Abaza, 2004, p. 25.

la Naturaleza (UICN), su desarrollo e implementación se basaron en la cooperación y coordinación interdisciplinaria e intersectorial conducida bajo los auspicios del Grupo Ambiental Central, formado por representantes del gobierno, ONG y sector privado. Así fue posible desarrollar experiencia indígena en materia de EIA sin necesidad de involucrar a expertos externos para conducir el desarrollo de legislación sobre EIA (p. 22).

La calidad de la democracia, las tradiciones culturales, la educación, la alfabetización y la desigualdad de género influyen significativamente en ciertos aspectos de las etapas procesales de EIA que involucran la participación pública[79]. En general, estas garantías legales y procesales pueden ser menos comunes en los países en desarrollo que en los desarrollados (p. 17). Los requisitos impuestos por las instituciones financieras multilaterales, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, también han servido de incentivo para mejorar las disposiciones de participación pública en las leyes de EIA de los países prestatarios del mundo en desarrollo[80].

[79] La participación pública ha sido una parte constitutiva de los procesos de EIA desde la década de 1970. Sin embargo, su potencial no suele alcanzarse en su totalidad. Ver Abaza, 2004, p. 66.

[80] Sin embargo, estos requisitos suelen estar formulados en un lenguaje poco preciso. Ver Kravchenko, 2009, pp. 33, 36.

Capítulo 10
Delitos ambientales y aplicación de la ley

Mrinalini Shinde[1]

1. Introducción

En este capítulo final del libro nos enfrentamos a una función que no es difícil de describir, pero sí es polémica de aplicar. Las funciones del derecho penal son bien conocidas e incluso se consideran como las funciones más básicas del derecho en muchas culturas. El derecho penal es un sistema de sanciones contra personas jurídicas cuya conducta perjudica al público y, al mismo tiempo, a un individuo, hasta tal extremo en que el Estado debe intervenir. Cuando lo hace, utiliza las herramientas del Estado para disuadir al individuo que ha cometido la mala conducta, para disuadir a la sociedad en general de cometer una mala conducta, para castigar al infractor con el fin de aplacar a los que se adhieren a la ley, para rehabilitar al infractor o para apartarlo de la sociedad porque es irremediable e incapaz de rehabilitarse. ¿Cuándo son

[1] Los puntos de vista y las opiniones que se presentan en este capítulo pertenecen exclusivamente al autor y no representan, de ninguna manera o forma, los puntos de vista y las opiniones de la UNU-EHS, la secretaría de la CMNUCC o cualquiera de sus organismos, organizaciones o agentes afiliados.

aplicables estas teorías de sanción a los daños ambientales? A diferencia de la sanción de daños más directos contra la persona, como la agresión o el homicidio, se podría argumentar que todo daño ambiental es un daño para la sociedad en su conjunto y, por lo tanto, requiere que el Estado, en nombre del público, ejerza sus funciones para sancionar a todos los que dañan el ambiente. Quienes se oponen a ese concepto podrían argumentar que, dado que muchos daños ambientales son indirectos, no se puede alcanzar el requisito de intencionalidad y, por lo tanto, los daños no pueden considerarse delictivos. A medida que pasa el tiempo, este último argumento va perdiendo fuerza.

Aparte de los requisitos técnicos legales necesarios para caracterizar un comportamiento como delictivo, existe una gran discrecionalidad por parte de los fiscales a la hora de decidir si se toma una acción. Esa discrecionalidad está influida por una serie de factores, algunos de los cuales se analizan en el capítulo 6 sobre la interfase de la política y el derecho. Asimismo, las expectativas culturales públicas pueden influir en la decisión de procesar, como vimos en el capítulo 7 sobre la participación pública en el derecho ambiental. Cómo todos estos factores —y otros más— resultan en un proceso penal es el objeto de estudio de los criminólogos. Dado que el enjuiciamiento de los delitos ambientales es relativamente nuevo, es necesario considerar primero la criminología verde para entender los delitos ambientales.

Este capítulo consta de dos partes: en primer lugar, se hace una revisión bibliográfica de la criminología verde y los delitos ambientales, que incluye específicamente los delitos ambientales cometidos por empresas; y, en segundo lugar, se hace una comparación del derecho ambiental tal y como se aplica en tres culturas jurídicas: Estados Unidos, India y Alemania. El capítulo comienza con un análisis de lo que constituye un daño ambiental y de cómo el carácter del daño ambiental es tratado de manera diferente en el derecho penal. A esto sigue una referencia al comportamiento delictivo de las empresas, sus directivos y empleados, para comprender los motivos que dan lugar

al comportamiento delictivo, junto con una revisión de la literatura relativa a las sentencias y sanciones de las empresas condenadas por delitos ambientales. Debido a que la criminología verde es un campo de investigación académica relativamente nuevo y a que la mayor parte de la literatura sobre el tema ha sido escrita por académicos del Reino Unido, Estados Unidos y Australia, hay una representación desproporcionada de opiniones y ejemplos basados en estas jurisdicciones. La segunda parte del capítulo trata de comparar el nexo entre la ejecución penal contra la contaminación del aire y respectiva calidad del aire en las tres jurisdicciones de los Estados Unidos, India y Alemania[2]. Alemania y Estados Unidos se diferencian de India en términos de riqueza per cápita, y Alemania se diferencia de India y Estados Unidos en su sistema jurídico.

2. Comprendiendo a los agresores

Los infractores ambientales pueden ser desde operadores únicos hasta entidades multinacionales (EMN), pero el máximo daño al ambiente es perpetrado por las corporaciones y los actores estatales (Cao & Wyatt, 2016, pp. 413, 419). No todos los actos delictivos se consideran igualmente anormales a los ojos de la opinión pública, y la anormalidad está determinada por cuestiones como la gravedad del delito, la

[2] The Economist Intelligence Unit, *Country Analysis, Industry Analysis, Market Risk Assessment*. https://www.eiu.com/topic/democracy-index. La premisa al estudiar las tres jurisdicciones de los países de India, Estados Unidos y Alemania es que, como democracias, los datos que ponen a disposición del dominio público son a *prima facie* verdaderos, debido a que surgen de sistemas políticos basados en la responsabilidad pública. India, la mayor democracia del mundo, y Estados Unidos, la más antigua democracia moderna, son naciones de derecho común con estructuras políticas y situaciones económicas muy diferentes, lo que permite una importante comparación. Sin embargo, según el último índice de democracia del año 2017 realizado por la Unidad de Inteligencia de *The Economist*, tanto India como Estados Unidos están clasificados como «democracias defectuosas», mientras Alemania, con un sistema de derecho civil y la mayor economía de Europa, está clasificada por el mismo índice como una «democracia plena».

irreparabilidad del daño, el estatus social del infractor, el estatus de las víctimas y el acceso a la información sobre ese delito. Esta desviación asociada al comportamiento delictivo no suele aplicarse a delitos ambientales porque la sociedad tolera la depredación ambiental por parte de las empresas siempre que contribuyan a un negocio legítimo. Para que el delito ambiental sea visto como anormal, tiene que implicar la personalización de ese delito mediante la diseminación de información sobre el agresor específico del delito y los damnificados específicos (McKie y otros, 2015, p. 473). La naturaleza de las EMN y la cantidad de personal involucrado en la toma de decisiones al perpetrar delitos ambientales hace que sea difícil identificar a una sola persona como la cara visible de la operación delictiva.

A través de un cuestionario, Martin y otros pidieron a 487 participantes que calificaran siete tipos de transgresiones ambientales, utilizando diecisiete escalas de calificación para comprender las percepciones sociales relativas a los delitos ambientales (2013, pp. 320, 335). Encontraron que «la gente considera que el delito ambiental es incorrecto en términos generales y que refleja la malevolencia de quien se comporta de esa manera» y es una crítica al carácter del infractor, pero que «ciertas circunstancias pueden llevar a individuos que no son esencialmente malos (incluyendo a participantes o incluso a nosotros mismos) a comportarse ilegalmente en términos ambientales» (p. 337). Esto explica en parte la disparidad entre los delitos ambientales y otras conductas delictivas, en términos de cómo el público las percibe como conductas delictivas.

Michael Lynch y otros realizaron, a partir de datos de la Agencia Federal de Protección Ambiental de Estados Unidos, un estudio empírico de los procesos penales durante un periodo de 31 años a partir de 1983, que reveló que el promedio de procesos penales por leyes ambientales era de una media de dieciocho casos al año (2016, p. 29) y que si «se consideraban estas cifras junto con el número de posibles infractores y las oportunidades de infracción, se obtuvo una probabilidad estimada

de proceso penal de ocho entre 1 000 000», lo que lleva a una estimación de menos del 0,006% (p. 30). Afirman que esta estimación, sumada al promedio de 8,7 meses de prisión cumplidos por los infractores, implica, entre otras cosas, que un infractor racional no se vería disuadido de cometer delitos ambientales en busca de beneficios económicos, lo que es fundamental en el comportamiento empresarial.

El estudio de la criminalidad corporativa ambiental involucra no solo el estudio de las empresas, sino de las personas que toman las decisiones involucradas en la comisión de los delitos ambientales en cuestión, ya que casi todos los sistemas de justicia modernos implican la atribución de responsabilidad a los individuos, ya sea bajo la doctrina del funcionario responsable, la responsabilidad estricta de la administración o la satisfacción del requisito de conocimiento durante la comisión del delito.

3. La fiscalía

Cuando los delitos ambientales han de ser decididos por los jurados, a menudo resulta difícil presentar argumentos a favor del fiscal debido a la realidad de los infractores ambientales de cuello blanco, que tienden a ser empresarios con educación y respeto social que, por lo general, no tienen antecedentes penales. Su condición de empleados también dificulta que los jurados puedan determinar los motivos económicos que hay detrás de la comisión de esos delitos. El hecho de que no se perciban con las características «típicas» de un agresor conlleva a ventajas en la fase de la sentencia. Los jurados se identifican con aquellos en el nivel directivo mucho mejor que si el acusado estuviera en el nivel gerencial. Además, la ausencia de víctimas identificables hace que sea más probable que los jurados se balanceen a favor del acusado, que sería de otro lado un «buen ciudadano». Es imperativo enfocarse y probar la motivación y la intencionalidad de los infractores ambientales de cuello blanco para procesarlos exitosamente (Cassidy, 2009, pp. 37-38).

En cuanto al enjuiciamiento de una empresa en su conjunto, el hecho de que las empresas tengan acceso a grandes cantidades de dinero hace que su enjuiciamiento resulte proporcionalmente costoso para el Estado vía organismos reguladores, policía y agencias de investigación, lo que resulta en la decisión fiscal de elegir solo los casos más graves o que sean más fáciles de ganar (White, 2010, p. 366). Asimismo, cuando el derecho penal utiliza la norma de probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable, la naturaleza difusa de la contaminación ambiental, los múltiples daños que ocasiona y la amplitud del número posibles víctimas hace que sea difícil atribuir toda la culpa a una empresa en particular en zonas en las que podrían estar operando múltiples infractores. Además, la posibilidad de encontrar evidencias puede ser difícil para los organismos de investigación (p. 372).

4. Penalidades

Una motivación importante detrás de la ejecución del derecho penal es el modelo de «justo merecimiento», bajo el cual los delincuentes «merecen» el castigo impuesto por haber decidido cometer un delito, ya que las personas naturales son actores racionales cuando no existen factores atenuantes. El modelo de merecimiento justo que a menudo se aplica a los delitos comunes no parece extenderse a los delitos corporativos, a pesar de que «las empresas que sobreviven tienden a ser eficientes y económicamente racionales» (Russell & Gilbert, 1999, pp. 59-60), ya que toman decisiones en interés de sus beneficios, calificación de bonos, accionistas, etcétera, satisfaciendo el criterio de racionalidad conforme al derecho penal.

4.1. Multas

Las multas monetarias proporcionan una disuasión contra los delitos ambientales, como puede verse en los casos de contaminación del agua,

en los cuales la imposición de multas adicionales fue acompañada de una reducción de los vertidos tóxicos, tanto por las unidades de cumplimiento como las de incumplimiento, lo que indica una efectiva disuasión general y específica. Los estudios relativos a multas penales federales en el marco de la Ley de Agua Limpia dieron lugar a una disuasión tanto general como específica, a diferencia de las multas administrativas, que solo resultaron en una disuasión específica (Barret y otros, 2017, p. 3). Por otro lado, los estudios han encontrado que en los casos de sanciones monetarias más elevadas impuestas por la AFPA a lo largo de siete años había una relación negligente entre el número de sanciones y el vertido de contaminantes (p. 4). Factores adicionales como la composición racial de la población de los lugares donde se cometen las infracciones afectan significativamente la cuantía de la sanción, pues infracciones en extensiones con predominio de afroamericanos reciben sanciones más reducidas que las zonas censales de blancos, y zonas con un mayor número de residentes hispanos de bajos ingresos reciben sanciones más reducidas que las zonas con residentes no hispanos de mayores ingresos. Así pues, el valor disuasivo de las multas monetarias también está en función del lugar en el que se ha impuesto la multa, dada la influencia de la ubicación en la cuantía de la sanción. Si se extrapolara esta conclusión a empresas transnacionales, obviamente el valor disuasorio sería menor cuando se cometen delitos ambientales en Estados en vías de desarrollo, donde el importe de las multas sería menor. El estudio de Barett sobre la disuasión encontró, en los casos de 37 instalaciones multadas por infracciones ambientales en el estado de Michigan, que había «un efecto modesto en el grado de incumplimiento en el trimestre inmediatamente posterior a una sanción monetaria» (p. 15).

Mientras que la mayor parte del debate anterior se ha centrado en el valor disuasorio de las multas penales, estas también pueden producir resultados restaurativos, lo que en el contexto ambiental se ha logrado normalmente a través de reclamaciones por agravios o mediante la aplicación del principio de que quien contamina paga. Durante

su estudio de la Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur, Walters y Westerhuis observaron que cuando las necesidades de una comunidad o la naturaleza se negociaban como parte del cálculo de las sanciones, el pago de las multas a favor de la comunidad o para la investigación y protección de una especie afectada servía también para un proceso de justicia restauradora (Walters, 2013, p. 286).

4.2. Prisión

La prisión se percibe como un castigo particularmente ineficiente para los infractores ambientales, ya que no los incapacita, pues los delitos ambientales no se producen como ofensas personales del ejecutivo o director, sino a través de múltiples niveles de empleados que pueden seguir recibiendo instrucciones del funcionario encarcelado. Tampoco aborda necesariamente si el delito continuará y el propósito del encarcelamiento basado en la incapacitación se debilita en el caso de los infractores ambientales (Wolff, 2018, p. 112). Sin embargo, si la prisión se utiliza con fines de retribución, crea un estigma que se asocia al comportamiento delictivo.

El otro propósito del encarcelamiento —la disuasión— es de dos tipos: la disuasión colectiva y la individual. La disuasión colectiva no se suele lograr cuando se encarcela a los infractores ambientales, ya que solo unos pocos miembros de la sociedad están en condiciones de cometer esos delitos, en primer lugar; sin embargo, los criminales corporativos, al realizar el análisis de costo-beneficio de dicho comportamiento, eran «más propensos a ser disuadidos de actuar por las penas de prisión» (2018, p. 113). En cuanto a la finalidad de la disuasión individual, los índices de reincidencia de Estados Unidos y Brasil indican que la disuasión individual no se consigue con la prisión (p. 120). Un estudio sobre sentencias penales en delitos ambientales descubrió que en Bélgica hay una tendencia a suspender la ejecución de penas de cárcel, aunque se concedan. Si no existe una amenaza creíble de un castigo severo tras el

incumplimiento luego de la advertencia o multa inicial, no se puede disuadir a los posibles futuros infractores (Billiet & Rousseau, 2014, p. 196).

5. Interacción con la criminología verde

El derecho ambiental como disciplina jurídica es relativamente nuevo, su vida plena solo tiene cerca de medio siglo, a partir de la década de 1970. Como se discutió en el capítulo 3, en los Estados Unidos, por ejemplo, el daño ambiental se argumentaba generalmente en demandas por agravios o en casos de derecho de propiedad, bajo el derecho común. Esto cambió dramáticamente con la introducción, en la década de 1970, de varias piezas clave en la legislación estatal y federal que virtualmente crearon la disciplina del derecho ambiental y encomendaron al Estado la responsabilidad de garantizar la protección ambiental (Lazarus, 2001, p. 77). A esto le siguió el fortalecimiento de las instituciones de protección ambiental como la AFPA, y, en la década de 1980, las enmiendas legislativas dieron lugar a violaciones de delitos ambientales, introduciendo el derecho penal en la práctica del derecho ambiental (p. 89). Por otra parte, la India, al haber sido una colonia británica, estaba sometida a leyes británicas que asumían el dominio sobre sus recursos naturales, especialmente los bosques y los minerales, y las «leyes ambientales» que aplicaban a esos recursos, como la Ley Forestal de 1927, no tenían como objetivo principal la protección ambiental como recurso público, sino el mantenimiento y la preservación de bosques como reservas para servir a los intereses del Imperio británico. Al igual que Estados Unidos, el derecho ambiental moderno, con disposiciones civiles y penales, no se introdujo en India hasta la década de 1970, con posteriores modificaciones.

Un área de la práctica jurídica que hasta hace muy poco tiempo formaba parte fundamentalmente del derecho civil privado, basado en la propiedad y el agravio, es actualmente una rama del derecho penal que

requiere que el delito ambiental se estudie de manera similar al de otras formas de delito en la criminología. Mientras la criminología en general es una disciplina que estudia el crimen, la justicia y el castigo sobre la base de la investigación empírica de las sociedades, los individuos y su relación con las instituciones de justicia penal y la ley (Bosworth, 2012, pp. 5-6), «la criminología verde puede definirse como un marco de orientaciones intelectuales, empíricas y políticas hacia daños primarios y secundarios, delitos e infracciones que impactan de manera dañina el medio natural, diversas especies (humanas y no humanas) y el planeta» (Ruggiero, 2015, pp. 8-9).

La criminología verde implica el estudio de la justicia ambiental desde el nivel local hasta el global, y el estudio de las «consecuencias ecológicas que surgen de delitos de los poderosos» (Arrigo, 2015, p. 227). Una versión evolucionada de la criminología verde, como sugirió el criminólogo verde Rob White, es la «criminología eco-global»: un marco para conectar el análisis de justicia ecológica, transnacional y penal de delitos ambientales, basado en la «colaboración involucrando a individuos, grupos y países de diferentes regiones geográficas» para el estudio y la investigación (White, 2016, pp. 8-9).

La teoría del conflicto en criminología sugiere que, dentro de la sociedad, aquellos que poseen poder social deciden lo que se considera delictivo a los ojos de la sociedad y la ley, lo que resulta en la criminalización de comportamientos que se observan por lo general en aquellos que carecen de ese poder social, como inmigrantes, personas de color, miembros de sindicatos y manifestantes políticos (Vito & Maahs, 2007). La alineación de los intereses estatales y corporativos normaliza los daños que afectan a ciertas personas o especies cuyo agravio no se ve como una pérdida para la economía. Dado que un número de personas cada vez menor controla la mayor parte de la economía, el poder del Estado, incluido y especialmente el sistema de justicia penal, se expresa de acuerdo con el control económico (White, 2005, p. 385). Este nexo entre el Estado y las corporaciones crea situaciones en las que los pobres son criminalizados

por acceder a la naturaleza contra los intereses de los propietarios de capitales, como se ve en los casos de criminalización de comunidades indígenas por acceder a los recursos naturales para su subsistencia (Lynch, 2016, p. 148). Brisman señala que la amenaza que representa el nexo entre el Estado y la forma en que la economía que funciona en ese Estado se manifiesta a menudo en la criminalización de la disidencia u oposición pública a los proyectos económicos, y, además de causar daños ambientales específicos, fomenta una cultura donde el público no desea participar en la toma de decisiones ambientales (Brisman, 2013, p. 300). En ciertas culturas, el enjuiciamiento de delitos ambientales solo está permitido después de que se hayan impuesto sanciones administrativas, si se puede demostrar que presentar la acusación es de interés público (Sahramaki, 2016, pp. 41, 50), una suposición que implica que algunos daños ambientales no están destinados a ser de interés público. También se podría argumentar que, indirectamente, un modelo económico basado en el consumo ilimitado criminalizará actos que no requieren consumo constante, como el reciclaje de aguas grises o la recolección de basura para alimento y materiales de construcción desechados, al tiempo que crearán artificialmente sanciones sociales y estigma contra aquellos que participan en tales actos, debido a la disonancia fundamental entre la economía de crecimiento ilimitado y la conservación (McClahahan, 2014, p. 410).

6. El daño ambiental y los agraviados

El daño ambiental, ya sea dentro o fuera del ámbito de los daños que el Estado criminaliza, tiene un conjunto distinto de agraviados, como los ciudadanos locales y la vida silvestre, incluyendo, en ciertos casos, las generaciones no nacidas y futuras. El daño consiste primordialmente en lo que la ley define como «daño social» y solo en forma secundaria fuera de estos parámetros (Brisman, 2013). Cuando ampliamos la caracterización del daño ambiental, rompemos las nociones tradicionales de lo que es un grado aceptable de explotación basado en sistemas desiguales

de poder (Walters, 2010, p. 308). Al igual que otros académicos de la criminología, Reece Walters argumenta a favor de un giro desde la noción antropocéntrica de lo que es un daño ambiental aceptable en interés del progreso humano (como plantean los ecologistas liberales que buscan la minimización de dicho daño), hacia el uso del enfoque de la «ecología profunda», que también tiene en cuenta el daño contra todas las especies no humanas. También critica el «enfoque ético de la conservación», por enfocarse en la conservación de la naturaleza primordialmente en beneficio del bienestar humano, el uso y el interés (pp. 315-316).

Los delitos ambientales, como los define la ley, suelen ser actos u omisiones que infringen las leyes vigentes y están sujetos a sanciones penales, siendo agraviadas las personas, el ambiente o ambos. Como los delitos son procesados por el Estado, debido a que un delito es un daño social, la criminología verde aplica definiciones extralegales de delitos porque el Estado es a menudo el facilitador o el ejecutor del daño ambiental, y ese daño a menudo queda fuera del ámbito de la fiscalización estatal (White, 2010, p. 366). Adicionalmente, mientras que el daño ambiental se criminaliza bajo varios delitos que se basan en daños humanos como el fraude, el soborno y la violación de permisos, el agravio al daño ambiental se extiende a la flora, la fauna y la estabilidad de los sistemas ecológicos; este agravio no es la base del daño social cuando se definen delitos ambientales (Huisman, 2017, p. 20).

Los riesgos y daños están estrechamente interconectados cuando se estudia la criminología verde, ya que los posibles riesgos de daños y decisiones tomadas en relación con esos riesgos determinan si los daños se producirán. La Oficina Europea de Policía (EUROPOL), en su lista de evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada y grave, clasifica los delitos ambientales y el fraude energético como amenazas emergentes (Huisman, 2017, p. 20).

Los criminólogos críticos han argumentado que la reducción del daño social debería ser una de las principales fuerzas motoras de la ley, en oposición a la reducción de la delincuencia, esencialmente presentado

un argumento a favor de que la justicia penal incluya daños que no han sido plenamente criminalizados. Argumentan que varios de esos daños son inconmensurables con las normas cuantitativas existentes (Huisman, 2017, p. 20). El estudio acerca del daño ambiental requiere examinar el agravio, y, en el caso del daño ambiental los agraviados incluyen tanto los componentes bióticos como abióticos ambientales, como individuos o colectivamente; el agravio puede manifestarse a lo largo del tiempo, como en los casos de trastornos genéticos causados por la contaminación (Jarrell, 2014, p. 565). Existe una percepción generalizada en la sociedad y en la ejecución del derecho penal de que los delitos ambientales son «sin víctimas» y, por lo tanto, de alguna manera delitos menos graves, debido a la ausencia del modelo tradicional de autor-víctima al que está acostumbrada la ejecución del derecho penal (Wright, 2011).

Los delitos ambientales cometidos por empresas (también llamados «delitos de cuello verde») incluyen una serie de infracciones, que incluyen la eliminación inadecuada de residuos peligrosos y la contaminación intencional de las fuentes de agua (Wright, 2011). Las víctimas de estos delitos pueden estar geográfica y temporalmente muy alejadas de los responsables, como la contaminación por mercurio en los Grandes Lagos antes de 1970, que cuarenta años después sigue provocando el envenenamiento por mercurio de sus habitantes, especialmente los miembros de que viven en la Primera Nación Aamjiwnaang, a orillas de los Grandes Lagos. En un estudio importante llevado a cabo en Europa sobre las emisiones de NOx por encima de los límites legales liberadas por automóviles con dispositivos instalados como trampa, también se descubrió que el 3,5% de las muertes prematuras debidas a la exposición a las $PM_{2.5}$ en Europa podían atribuirse al exceso de emisiones NOx de los vehículos en cuestión, expandiendo las ideas de causalidad, previsibilidad razonable del daño y determinación del conocimiento e intención cuando se cometen delitos ambientales corporativos. Este hallazgo ilustra aún más la compleja y larga cadena causal a la hora de

determinar responsabilidad empresarial por el tipo de muertes que en otros escenarios delictivos se considerarían violentas.

Las acciones que se consideran perjudiciales se derivan del consenso social respecto a ese daño, y este consenso se respalda en la maquinaria estatal para sancionar el daño. El ejercicio del poder político en su interfase con el proceso penal suele dar lugar a procesamientos que benefician a quienes tienen influencia política. Por ejemplo, como la producción y eliminación de bienes se basa en la compra individual, existe una ausencia de responsabilidad comunitaria sobre los daños asociados a la producción y eliminación de esos bienes, y una externalización de los daños. Un ejemplo de esta externalización es el cambio de los procesos de fabricación y la eliminación de residuos de los bienes consumidos por países desarrollados en los países en vías de desarrollo, con menores restricciones regulatorias. Sin embargo, las naciones en desarrollo son considerados como responsables del aumento de la contaminación global asociada con el proceso de manufactura, lo que resulta una externalización del daño por fabricantes y distribuidores transnacionales en varias otras culturas (Wright, 2011). Esto está respaldado por encuestas de percepción pública llevadas a cabo en los Estados Unidos que han demostrado de manera consistente que los delitos de cuello blanco se perciben con menos seriedad que los delitos comunes violentos. En un estudio más reciente basado en una encuesta nacional realizada en 2005, se constató que el público estadounidense sigue considerando que los delincuentes callejeros violentos merecen castigos más severos, aunque dos tercios de los encuestados consideraron que deberían dedicarse iguales o más recursos a los delitos de cuello blanco (Holtfreter, 2008, p. 50).

Una fracción muy reducida de los daños ambientales se caracteriza como delito, y daños como los que producen la pesca y la deforestación son legales, aunque controlados. Mientras que la mayoría de los daños son padecidos por los pobres, los responsables del daño casi siempre tienden a ser corporaciones con fines de lucro, que escapan de las sanciones penales debido a las prioridades del sistema de justicia penal. La criminología

relacionada con los delitos de cuello blanco aplica la teoría de crimen corporativo a la criminología de la conservación con el fin de estudiar con eficacia el daño perpetrado por crímenes corporativos ambientales y el comportamiento delictivo de las corporaciones (Holtfreter, 2008, p. 50). La siguiente sección de este capítulo ahondará en la literatura sobre delitos de cuello blanco que se puede aplicar a la criminología verde.

7. Criminalidad corporativa y el ambiente

> *La criminalidad corporativa sigue siendo un concepto curioso. Como criaturas artificiales de la ley, las corporaciones per se no tienen emociones o estados mentales culpables. Tampoco pueden ser encarceladas... Para utilizar la vieja frase, no hay alma que condenar, ni cuerpo que patear* (Luna, 2009, p. 1507).

Responsabilizar penalmente a las empresas no es para nada un concepto radical; los juicios de Núremberg por crímenes de guerra dieron lugar a que el tribunal impusiera responsabilidad penal a empresas como Krupp e IG Farben por las decisiones de sus directivos[3]. Una revisión de la literatura sobre criminología verde y delitos de cuello blanco ayudará a determinar el alcance de la criminalidad corporativa en los delitos ambientales.

En Estados Unidos, la penalización de las infracciones ambientales se desarrolló a partir de la década de 1980, para hacer frente a la realidad de que los infractores consideraban las sanciones civiles como parte de los costos de producción y que serían trasladadas al consumidor; las sanciones civiles también carecían de la publicidad negativa y el estigma asociado a la sanción penal (Edwards, 2016). Las sanciones civiles se

[3] IG Farben o *Interessen-Gemeinschaft Farbenindustrie AG* era el entonces conglomerado que consistía en empresas que hoy operan como BASF Aktiengesellschaft, Bayer AG, Hoechst Aktiengesellschaft y el grupo Agfa-Gevaert.

expresan como sumas monetarias que deben pagarse por las violaciones de una ley o reglamento, normalmente impuestas y administradas por una agencia u organismo autorizado por ley, pero estas violaciones no se juzgan como delitos penales y las multas no están destinadas a lograr los objetivos de la penalización, sino que por lo general pretenden corregir cualquier beneficio excesivo que una persona pueda haber acumulado por el incumplimiento (Belden, 2011, p. 136). Además, en los Estados Unidos existen ramificaciones fiscales, divulgaciones a los accionistas y agencias gubernamentales, por ejemplo, para empresas y otras personas cuando pagan multas penales que no son las mismas que cuando pagan sanciones civiles. Algunos han concluido que, de hecho, no sería necesaria la existencia de un oxímoron como la combinación «civil» con «sanción».

Un estudio realizado en 1996 por Alexander y Cohen descubrió que, en el período de diez años entre 1984 y 1994, en los Estados Unidos, el 22% (26 sentencias) de todos los delitos corporativos federales eran delitos ambientales (Alexander & Cohen, 1996, pp. 421-422, 426). Estados Unidos combina la responsabilidad penal corporativa con la responsabilidad vicaria a través de la doctrina del «funcionario corporativo responsable» cuando se enjuicia a la corporación. La responsabilidad por negligencia se ejerce a menudo a través de la doctrina del funcionario corporativo responsable. La doctrina del funcionario corporativo responsable ha sido criticada, porque puede dar lugar a situaciones en las que el funcionario de menor rango directamente involucrado en el último paso del delito es condenado, mientras los funcionarios y directores de mayor jerarquía pueden ser absueltos por no tener conocimiento del delito, lo cual hace poco para abordar la cultura corporativa que permite tales delitos.

La imposición de responsabilidad penal corporativa es una forma efectiva de controlar los delitos relacionados con la contaminación. Tal ha sido el caso de la industria del transporte de petróleo, que ha llevado a un aumento en las medidas de prevención debido al valor disuasorio de las posibles sanciones por derrames de petróleo. Sin embargo,

la responsabilidad penal impuesta mediante multas y consecuencias económicas es poco efectiva, debido a que los costos se traspasan al consumidor, de manera similar a las sanciones civiles. La limitación de respuestas punitivas a las multas también es ineficiente en casos en los que el daño perpetrado por una empresa supera los activos cobrables del funcionario corporativo responsable, o incluso la empresa en su totalidad, como se vio en el caso de la catástrofe del gas en Bhopal, India, o los efectos a largo plazo de los productos que contienen asbesto fabricados por la Johns Manville Corporation (Arlen, 1994, pp. 833, 866).

Al aplicar los conceptos criminológicos tradicionales a la criminología verde, la creación de bases de datos de infractores y el uso de tecnología para la perfilación criminal tendría más sentido cuando se aplica a los delitos corporativos, dada la facilidad con la que se puede identificar e investigar a su personal y patrones de trabajo día a día, pero vemos que la mayor parte de la tecnología de perfilación es utilizada para delitos no corporativos (Arlen, 1994, pp. 833, 866).

8. Comparando Estados Unidos, India y Alemania

Las preguntas a las que este capítulo pretende dar respuestas al comparar estas jurisdicciones y sus respectivas culturas jurídicas son:

1. ¿En qué se diferencian los Estados Unidos, India y Alemania en cuanto al trato que dan a los delitos ambientales?
2. ¿Existe un nexo entre los procesos de justicia penal en estas jurisdicciones y su nivel de daño ambiental y, de ser así, cuál es su naturaleza?

Utilizaré la siguiente matriz para comparar el nexo entre el proceso penal y los niveles de contaminación en Estados Unidos, India y Alemania. Primero examinaré los objetivos con los que cada jurisdicción introdujo sus disposiciones penales, describiendo la legislación introducida para alcanzar esos objetivos y los resultados de esa legislación. Los resultados

serán evaluados utilizando datos disponibles de los informes de respectivos organismos gubernamentales sobre delitos procesados o registrados de contaminación del aire, y los resultados coincidentes de cada país con respecto a la calidad del aire, utilizando datos publicados por el Banco Mundial.

Como la comparación se refiere a Estados, me he apoyado en el uso de datos publicados por las agencias federales y nacionales de gobiernos de esos tres Estados. La limitación más significativa de estos datos es que son derivados o difundidos por organismos gubernamentales en función de sus recursos y prioridades relativas, que da lugar a una gran diferencia en la duración de los datos disponibles, dependiendo de cada jurisdicción individual.

La AFPA mantiene un resumen de procesamientos penales que puede utilizarse para encontrar el resumen de cada caso penal individual procesado cada año fiscal a partir de 1983, referenciado según los estatutos federales bajo los cuales fue procesado. Utilizando los campos de búsqueda para cada año desde 1983 hasta 2017, y bajo la Ley de Aire Limpio (42 USC § 7401), computé el número de procesos penales en virtud de cada estatuto para ese período[4].

La Oficina Nacional de Registros de Delitos de la India (ONRDI) es el organismo del gobierno central responsable de reportar los datos sobre delitos cometidos en todo el país. Sin embargo, descubrí que los datos sobre delitos ambientales solo estaban disponibles para los años 2014-2016, un periodo relativamente reducido del que es difícil inferir adecuadamente cualquier tendencia o comportamiento, y los

[4] AFPA, *Summary of Criminal Prosecutions*. https://cfpub.USEPA.gov/compliance/criminal_prosecution/index.cfm?bct=19&pt=1

Al utilizar datos sobre la fiscalía federal, he omitido intencionadamente referirme a datos sobre la tasa de la AFPA para los estados norteamericanos y la persecución de los delitos por contaminación, con la idea de que haciéndolo podría dar lugar a un ámbito de estudio mucho más profundo que revelaría comparaciones pertinentes entre los estados, pero quedaría fuera del alcance de la comparación entre naciones en este capítulo.

datos divulgados no especifican el número de castigos ni el carácter de los acusados. Por lo tanto, se presentó una solicitud en el marco de la Ley de Derecho a la Información al oficial de información pública de la ONRDI[5], que dio como resultado la respuesta de fecha 31 de agosto de 2018, en la que se explicaba que no recolectaban ni poseían datos relativos a delitos ambientales anteriores a 2014, y que los últimos datos disponibles correspondían a 2016[6].

La *Bundeskriminalamt* (BKA, en alemán), la Oficina Federal de Policía Criminal de Alemania, ha venido publicando datos a través de informes anuales y conjuntos de estadísticas policiales sobre criminalidad, en los que se detalla la naturaleza y la cuantía de delitos cometidos en todo el país, incluidos datos específicos sobre delitos relacionados con la contaminación del aire y del agua. Sin embargo, estos informes solo están disponibles actualmente para los periodos 2001-2005 y 2009-2017 en el sitio web de la BKA, y solo se utilizarán datos de esos periodos para la comparación en este capítulo[7].

8.1. Estados Unidos

Una crítica justificada a las sanciones penales de delitos ambientales en los Estados Unidos es que la sobrecriminalización llevaría a una trivialización del derecho penal. Como plantea Cohen: «Si toda acción que perjudique a la sociedad es un delito, el derecho penal pierde su única

[5] Right to Information Act (Act No. 22/2005). El texto de la solicitud bajo la ley del derecho a la información (2005), dirigido al NCRB, se incluye como Apéndice 1, y la confirmación del recibo de la solicitud del 7 de agosto de 2018 se incluye como Apéndice 2.

[6] Consideré la posibilidad de utilizar un enfoque adicional para inferir datos sobre los procesos penales a partir de sentencias o decisiones de los tribunales, pero la función de búsqueda legal en el buscador *Manupatra* de India no pudo proporcionar sentencias de los tribunales penales subordinados donde se inician los procesos penales.

[7] *Bundeskriminalamt*, Esatadísticas policiales sobre crimen. https://www.bka.de/EN/CurrentInform ation/PoliceCrimeStatistics/policecrimestatistics_node.html

característica distintiva: el estigma moral asociado a ser etiquetado como delincuente» (Cohen, 1992, p. 1104). Sin embargo, la disuasión no se ve afectada únicamente por la promulgación de leyes penales, sino por la amenaza de enjuiciamiento, y en los Estados Unidos específicamente los fiscales desempeñan un papel importante en la adjudicación de delitos, a menudo en la búsqueda de la negociación de la declaración de culpabilidad (Haugh, 2015, pp. 835, 842). Las decisiones de la fiscalía determinan los casos que se eligen para el proceso penal, y solo los casos con mejores evidencias y con mayor probabilidad de resultar en una condena son los que llegan a la fase judicial. Según un estudio de los procesos por contaminación entre 2005 y 2010 en los Estados Unidos, el 96% de los acusados procesados habían cometido al menos un factor agravante, como ser reincidentes, engaño u operar fuera del esquema regulatorio. Estos resultados no solo revelan que los fiscales en Estados Unidos solo procesan los delitos ambientales con factores agravantes casi como norma; también revelan que la discrecionalidad del fiscal conlleva a no procesar delitos sin factores agravantes, posiblemente debido al deseo de evitar la sobrecriminalización (pp. 835, 842).

En la década de 1970, los delitos ambientales se procesaban en contadas ocasiones y, por lo general, como delitos menores (Jarrell & Ozymy, 2014, p. 568). En 1976, la AFPA publicó sus primeras directrices para aplicar sanciones penales más enfocadas a la aplicación de la Ley de Aire Limpio, que continuó siendo apoyada por la administración Carter (p. 568). Un aumento de inquietud pública en relación con el ambiente en las décadas de 1980 y 1990 condujo a un mayor número de procesos penales en los Estados Unidos, junto con un aumento de las penas por las condenas (Harig, 1992, p. 165). Este periodo también se caracterizó por un aumento en la contratación de agentes para la AFPA, cuyo personal comenzó a incluir a agentes especiales equipados con armas de fuego y responsables de investigaciones y detenciones, abogados de campo y abogados litigantes (p. 165). En 1982, la AFPA y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos establecieron unidades dedicadas a

la investigación y el procesamiento de delitos ambientales, creando la infraestructura necesaria para una mayor ejecución penal de la Ley de Agua Limpia (33 USC § 1251 ss.) y la Ley de Aire Limpio. Desde 1987, los delitos graves fueron incluidos en la Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua de Estados Unidos[8]. La introducción de los delitos ambientales dio lugar a un giro desde el requisito de estado mental doloso o negligente a un patrón de conocimiento para los delitos graves y de negligencia para los delitos menores (Uhlmann, 2009, p. 1235). En cuanto al requisito de conocimiento, el conocimiento específico y directo de un delito no es necesario para probar la culpabilidad conforme a la LAL. La LAL permite que el conocimiento se establezca utilizando también pruebas circunstanciales (Mullikin, 2010, p. 423). Junto con la LAL, las disposiciones bajo el Título 18 del Código de los Estados Unidos se utilizan en el procesamiento de delitos ambientales y en las disposiciones penales de ayuda e instigación (§ 2), conspiración (§ 371), declaraciones falsas (§ 1001), fraude postal (§ 1341), fraude electrónico (§ 1343) y obstrucción a la justicia (§ 1512). En virtud del § 7401(c) de la LAL (§ 7401), el objetivo principal de la ley «es fomentar o de lo contrario promover acciones gubernamentales federales, estatales y locales razonables, consistentes con las disposiciones de este capítulo, para prevenir la contaminación». Con el fin de prevenir esta contaminación del aire, la AFPA estableció los estándares nacionales de calidad del aire ambiental (NAAQS, en inglés), que detallan las cantidades permisibles de diferentes tipos de contaminantes en la calidad del aire exterior. La media anual permisible $PM_{2.5}$ es 12 $\mu g/m^3$ en el marco de los NAAQS[9].

La sección 7413 (c) de la LAL (§ 7413.c) establece la ejecución federal de la LAL con la imposición de sanciones penales a los

[8] Departamento de Justicia de los Estados Unidos. *Historical Development of Environmental Criminal Law.* https://www.justice.gov/enrd/about-division/historical-development-environmental-criminal-law

[9] AFPA, *NAAQS Table.* https:// www.U.S.E.P.A.gov/criteria-air-pollutants/naaqs-table

infractores, que penalizan las infracciones con multas de diversos montos conforme al Título 18 del Código de los Estados Unidos, o con penas de prisión, o con ambas, con la duplicación de los importes de las multas y las penas de prisión en caso de reincidencia del mismo delito (§ 7413.c.1). Específicamente, la liberación de contaminantes peligrosos al ambiente en violación de los permisos existentes que pueda poner «a otra persona en peligro inminente de muerte o de lesiones corporales graves, será castigada, en caso de condena, con una multa en virtud del Título 18 o con una pena de prisión no superior a 15 años, o con ambas» (§ 7413.c.5.A). Si una organización comete dicha infracción tras la condena, cada violación implicará una multa no superior a un millón de dólares estadounidenses. La ley contempla el procesamiento de organizaciones, definiendo organización como «una entidad legal, que no sea del gobierno, establecida u organizada para cualquier fin, y dicho término incluye una corporación, compañía, asociación, firma, consorcio, sociedad anónima, fundación, institución, fideicomiso, sociedad, sindicato o cualquier otra asociación de personas» (§ 7413.c.5.E), y el término «persona» incluye «funcionario corporativo responsable» (§ 7413.c.6).

Tabla 1. Delitos juzgados en virtud de la Ley de Aire Limpio en los EE.UU., 1983-2017

Año	#	Año	#	Año	#	Año	#
		1990	2	2000	10	2010	13
		1991	2	2001	7	2011	24
		1992	1	2002	5	2012	18
1983	0	1993	5	2003	21	2013	28
1984	0	1994	5	2004	18	2014	25
1985	0	1995	6	2005	12	2015	15
1986	2	1996	8	2006	19	2016	15
1987	4	1997	11	2007	21	2017	18
1988	2	1998	11	2008	8		
1989	3	1999	13	2009	7		

Fuente: Base de datos AFPA.

Según la Comisión de Sentencias de Estados Unidos, en 2015, los delitos federales más comúnmente cometidos por organizaciones como corporaciones fueron los delitos ambientales, que comprenden el 33,2% del total de delitos. De ellos, 70% estaban relacionados con el agua y 5% con el aire[10]. Como sugieren los teóricos de la criminología verde mencionados, los delitos ambientales no son vistos de la misma manera que los delitos violentos o delitos comunes, debido a la naturaleza del delito y a los propios infractores. Así lo confirma un estudio sobre sentencias en casos de delitos ambientales en Estados Unidos, en el que los investigadores encontraron una «brecha verde en el castigo». La brecha verde se refiere a la diferencia observada en la proporción de

[10] Cortes de los Estados Unidos, *Environmental Crime Tops List by Organizations.* https://www.uscourts.gov/news/2016/12/22/environmental-crime-tops-list-organizations

sentenciar los delitos ambientales frente a los no ambientales, como las sentencias con más libertad condicional (72% vs. 57%) y menos penas de prisión (2% vs. 9%) (Cochran, 2018, p. 51).

Utilizando la base de datos de la AFPA, que contiene el resumen de procesamientos penales, a continuación se muestra una recopilación de procesamientos penales federales en virtud de la LAL en los Estados Unidos entre 1983 y 2017.

Como puede observarse en la tabla 1, se ha visto un marcado aumento en el proceso de delitos contemplados en la LAL, pasando de cero en 1983 a dieciocho en 2017, con un pico de veintiocho en 2013. Aunque el aumento de las acusaciones no ha sido consistente, con diversos puntos de datos a lo largo de los años, como se observa en la figura 1, la línea de tendencia general a lo largo del tiempo es positiva, lo que indica una mayor voluntad y capacidad del gobierno federal para procesar penalmente las violaciones en virtud de la LAL.

8.2. India

La Ley del Aire (Prevención y Control de la Contaminación) de 1981 se promulgó en 1981, utilizando el poder del gobierno central en virtud del artículo 253 de la Constitución de la India, para aplicar legislativamente el compromiso de la India en el marco de los tratados o acuerdos internacionales, que en este caso era la implementación de decisiones en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo, 1972. La Ley del Aire estableció la Junta Central de Control de la Contaminación y las juntas estatales de control de la contaminación, estableciendo sus funciones y responsabilidades, así como los procedimientos para su funcionamiento.

En la legislación de la India, los objetivos de un estatuto, a efectos de la interpretación legal, pueden recogerse del preámbulo. El preámbulo de la Ley del Aire invoca la decisión de la Conferencia de Estocolmo de «tomar medidas apropiadas para la preservación de los recursos naturales de la tierra» que, entre otras cosas, incluyen la preservación de la calidad

del aire y el control de la contaminación del aire», y la describe como una «Ley para la prevención, el control y la reducción de la contaminación del aire». Con el fin de cuantificar los objetivos para este capítulo, el estándar de calidad del aire que la Ley del Aire pretende alcanzar y mantener, según los actuales estándares nacionales de calidad del aire ambiental para las $PM_{2,5}$ ($\mu g/m^3$), anualmente para todas las zonas (industriales, residenciales, rurales y ecológicamente sensibles), es de 40 $\mu g/m^3$[11]. Este estándar de calidad del aire ambiental puede considerarse el objetivo previsto para las $PM_{2,5}$ conforme a la Ley del Aire.

La Ley del Aire contiene un sistema de aplicación penal de «mando y control» (Ghosh, 2015) que impone prohibiciones a las emisiones de contaminantes que excedan los estándares de las juntas estatales de control de la contaminación, a las cuales se les otorga la autoridad para acudir a un tribunal penal y solicitar la detención de una persona que viole esos estándares (§22 & §22A). Según el artículo 37 de la Ley del Aire, las violaciones son «sanciones con una pena de prisión no inferior a un año y seis meses, pero que puede extenderse a seis años, y con una multa, y en caso de que el incumplimiento continúe, con una multa adicional que puede llegar a cinco mil rupias cada día que continúe el incumplimiento después de la condena por el primer incumplimiento» (§37.1).

El incumplimiento continuo después de un año de la condena conlleva una pena de prisión de no menos de dos años, y de hasta siete años con una multa (§37.2). La sección 40 de la Ley del Aire establece el proceso penal de empresas (incluidas entidades, empresas u otras asociaciones incorporadas) por infracciones en el marco de la Ley, sosteniendo que «toda persona que, en el momento en que se comete la infracción, estaba directamente a cargo de la empresa y era responsable ante ella de la conducción de los negocios de la empresa, así como la empresa» es considerada culpable de la infracción y responsable de

[11] Estándares Nacionales de Calidad del Aire Ambiental, No. B. 29016/20/90/ PCI-I (18 de noviembre de 2009).

la sanción, a menos que pueda demostrar que la infracción se cometió sin su conocimiento, y a pesar del ejercicio de toda la debida diligencia preventiva en su favor (§ 40). Las juntas estatales de control de la contaminación o los funcionarios autorizados pueden iniciar un proceso penal presentando una denuncia ante la corte penal respectiva (§ 43.1), o cualquier otra persona puede presentar una denuncia penal contra un delito si ha notificado con una anticipación mínima de sesenta días a la junta estatal de control de la contaminación correspondiente sobre su intención de acudir al poder judicial (§ 43.1.b).

A pesar de haber introducido una legislación penal contra la contaminación del agua y del aire en 1974 y 1981, respectivamente, la Oficina Nacional de Registros Criminales de la India empezó a recopilar datos sobre delitos ambientales recién en 2014, con el último informe correspondiente al año 2016. A través de una solicitud a la ONRDI realizada en virtud de la Ley de Derecho a la Información (2005), este autor buscó datos específicamente sobre los delitos registrados en el marco de la Ley del Agua (Prevención y Control de la Contaminación, 1974) y la Ley del Aire; específicamente § 47 y § 40 de dichas leyes, respectivamente, que se refieren a infracciones cometidas por las empresas[12]. La ONRDI respondió a la solicitud mediante una carta en la que confirmaban que no poseían registros o datos de delitos ambientales en la India con anterioridad a 2014, y que todos los datos disponibles se limitaban a los que eran de dominio público como parte de los informes estadísticos anuales *Crime in India* de la ONRDI[13]. Por consiguiente, en este capítulo se utilizará la reducida muestra de datos publicados actualmente por el gobierno de la India sobre delitos ambientales entre 2014 y 2016. La siguiente tabla combina datos sobre delitos registrados en el marco de la Ley del Agua y Ley del Aire, junto

[12] Ver apéndices 1 y 2.

[13] La respuesta de fecha 31 de agosto de 2018 del ONRDI a mi solicitud en virtud de la Ley de Derecho a la Información de 2005, se adjunta como apéndice 3.

con delitos en el contexto de la Ley Forestal y Ley de Protección de la Vida Silvestre para ofrecer un importante marco de referencia.

Mientras la evaluación de ejecución del derecho penal en los delitos ambientales en la India es difícil dado el período relativamente corto de datos abarcados, los datos en sí mismos, como se enumeran en la tabla 2, son una confirmación de la teoría del conflicto en criminología analizada anteriormente, que afirma que hay grupos de interés opuestos en la sociedad dependiendo de cómo poseen el poder social, y este poder social se manifiesta en la criminalización del comportamiento observado en los grupos que carecen de ese poder social (Vito & Maahs, 2007). En una nación de veintinueve estados, parece altamente improbable y poco creíble que los datos de la ONRDI muestren que en virtud de la Ley del Aire y la Ley del Agua solo se registraron delitos en tres estados, lo que podría atribuirse a que las juntas estatales para el control de la contaminación no están dispuestas a registrar casos penales contra los contaminantes, ya que la acción penal se considera prolongada y complicada, y las juntas prefieren exhibir avisos en su lugar. La falta de voluntad para perseguir la contaminación industrial también puede atribuirse al interés tácito de los gobiernos en que los estados no sean percibidos como litigiosos, porque eso alejaría las inversiones en la economía estatal (Sahu, 2018).

Tabla 2. Una ilustración de la teoría de conflicto en criminología

Año / estatuto	Ley de bosques	Ley de protección a la vida silvestre	Ley del aire	Ley del agua
2014	4091	770	48	15
2015	3968	829	50	10
2016	3702	852	25 [Jharkhand 2 Maharashtra 21 Utar Pradesh 2]	11 [Guajarat 3 Himachal Pradesh 2 Madhya Pradesh 6

Fuente: NCRB.

Datos de la ONRDI también muestran que los delitos cometidos en virtud de la Ley Forestal y la Ley de Protección de la Vida Silvestre superan en más de cien y diez veces, respectivamente, a los delitos registrados en el marco de la Ley del Aire y la Ley del Agua. Esta evidente disparidad puede atribuirse a múltiples factores. Primero, la mayoría de los acusados, en virtud de la Ley Forestal y Ley de Protección de los Bosques, pertenecen a comunidades pobres que residen en los alrededores de las zonas forestales, y fueron procesados por el recojo de productos forestales menores o leña, o por practicar la agricultura migratoria en tierras forestales (Sahu, 2018). Esta es una ilustración de cómo el derecho penal y el derecho penal ambiental tienden a criminalizar a los pobres mientras que la contaminación industrial no se juzga con el mismo entusiasmo. Esto sugiere un sesgo pro corporativo de la ejecución de la justicia. Los excesos del Servicio Forestal al perseguir a las comunidades que viven en los bosques han sido bien documentados, dado que tienen la discreción de realizar detenciones sin órdenes judiciales (Kodiverti, 2017). Esto se alinea con la premisa de criminología verde de que el Estado y sus agentes están controlados indirectamente por los intereses económicos y deciden lo que debe ser procesado y percibido como crimen ambiental. También confirma la hipótesis de que el nexo entre el Estado y las corporaciones criminaliza a los pobres que tienen acceso a la naturaleza, aunque sea para subsistir fuera de la economía de mercado liberal (Lynch, 2016, p. 148). Esto también se ve respaldado por el hallazgo anterior de que las juntas de control de la contaminación prefieren optar por exhibir avisos contra los contaminantes, para evitar ser vistos como litigantes y para asegurar la entrada de inversiones en sus economías.

Otra razón de la disparidad de delitos registrados entre los delitos relacionados con bosques y los relacionados con la contaminación es que la Ley Forestal, una ley colonial, se creó en 1927 para mantener las reservas forestales de Gran Bretaña, y creó un servicio forestal cuyos funcionarios estaban altamente formados en labores policiales y, por tanto,

dispuestos y capaces de trabajar en su función de aplicación de la ley penal. Además, las juntas de control de la contaminación creadas en la década de 1970 se ocupan principalmente de la expedición de permisos y no han recibido formación como agentes policiales o encargados de hacer cumplir la ley, por lo que tienden a optar por exhibir notificaciones al aplicar los estatutos de control de la contaminación (Bhuyan, 2015).

Sin embargo, a efectos de comparación, dado que se trata de los datos disponibles proporcionados por el Gobierno de la India, utilizaré el periodo de datos de tres años a efectos de comparación en este capítulo. Mientras en 2014 se registraron 48 delitos en el marco de la Ley del Aire —cifra que aumentó marginalmente a 50 en 2015—, en 2016 se produjo un fuerte descenso del 50%, con solo 25 delitos registrados conforme a la Ley del Aire. Esto que dio lugar a una línea de tendencia lineal negativa para el número de juicios en este lapso corto de tiempo.

8.3. Alemania

En Alemania, la responsabilidad penal está basada en culpabilidad personal, de manera que solo las personas naturales pueden ser penalmente responsables (Sina, 2015, p. 9). No obstante, § 14 del *Strafgesetzbuch* (StGB), el Código Penal alemán[14] contempla la responsabilidad penal

[14] *Strafgesetzbuch*, § 14. Actuar por otro: (1) Si una persona actúa: 1. en su capacidad como órgano con poder de representar a una entidad jurídica o como miembro de tal entidad; 2. como socio con poder de representar a una sociedad con capacidad jurídica independiente; o 3, como representante legal de otro, cualquier ley según la cual atributos, relaciones o circunstancias personales especiales (características personales especiales) constituyan la base de la responsabilidad penal, se aplicará al representante, si estas características no existen en su persona pero si en la entidad, sociedad o persona representada. (2) Si alguien ya sea por el propietario de una empresa o por alguien delegado por él, ha sido: 1. encargado de manejar la empresa en su totalidad o en parte; o 2. encargado expresamente de realizar funciones autónomas que le competen al propietario de la empresa, y que actúe en función de este encargo, cualquier ley en la que características personales dan lugar responsabilidad penal se aplicará al encargado, aun cuando estas características no las tenga el sino el propietario de la empresa.

de personas actuando en su capacidad para o en nombre de entidades jurídicas, y las características personales especiales que formarían la base de la responsabilidad penal en una persona si es que no existen en ella o él en sí, sino en la entidad o persona a la que representan. Dado que a menudo es difícil determinar la responsabilidad personal de un individuo dentro de una empresa (Sina, 2015, p. 18), el *Bundesgerichtshof* (BGH), Tribunal Federal de Justicia de Alemania, ha establecido que todos los miembros de la gerencia pueden ser considerados conjuntamente responsables[15], un alto miembro bajo cuyas órdenes se comete un delito no solo es culpable como instigador, sino como autor indirecto, y altos miembros de una corporación pueden ser declarados culpables como autores indirectos en virtud de su control sobre la organización. Alemania introdujo delitos ambientales en el StGB en 1980. Uno de los hallazgos en el sistema de derecho penal ambiental de Alemania es que la posibilidad de ser juzgado, y no la probabilidad de ser condenado o la magnitud de las multas, apoya positivamente los intentos de disuasión, y que el cumplimiento de la normativa ambiental en Alemania puede atribuirse en parte a esta disuasión[16].

Cuando se enmendó el StGB en 1980 para incluir delitos ambientales, los objetivos de esta ampliación eran «aumentar el nivel de disuasión general a cuenta de sanciones más severas disponibles a través del sistema de justicia penal» y «aprovechar los recursos policiales y procesales adicionales disponibles en el sistema de justicia penal» (Almer, 2009,

---

En el sentido de la primera oración anterior, una empresa será el equivalente a un negocio. Si una persona actúa sobre la base de una comisión similar para un organismo que presta servicios de administración pública, la primera oración se aplicará *mutatis mutandis*. (3) Las subsecciones (1) y (2) anteriores se aplicarán incluso si el acto de comisión que pretende crear el poder de representación o la agencia es nula.

[15] *Bundesgerichtshof* [BGH] [Federal Court of Justice] Jul. 06, 1990, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2560, 2008 123, 131-132 (Ger.).

[16] *Bundesgerichtshof* [BGH] [Federal Court of Justice] May 13, 2004, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2248, 2004 163-164 (Ger.).

p. 11). En función de la directiva 2008/50/CE de la Comisión Europea[17], todos los Estados Miembros de la UE están obligados a alcanzar los estándares de calidad ambiental específicos de cada contaminante y el estándar de calidad del aire para Estados Miembros de niveles anuales de $PM_{2,5}$ ($\mu g/m^3$) es 25 $\mu g/m^{3(18)}$.

La sección 325 del StGB contiene las disposiciones penales para delitos de contaminación del aire, y detalla las circunstancias en las que se podría proceder a procesos penales y a las sanciones individuales, incluidas multas y penas de prisión para esos delitos. La sección criminaliza las alteraciones particulares realizadas al aire, incluyendo la liberación de sustancias nocivas en cantidades significantes en violación de los deberes que rige la ley administrativa.

Utilizando la base de datos mantenida por la BKA, la tabla ha sido compilada utilizando los datos contenidos en informes anuales y conjuntos de datos de las estadísticas policiales sobre la delincuencia, de 2001 a 2005 y de 2009 a 2017[19]. La tabla 3 contiene el número de delitos registrados co nforme al § 325. En Alemania se ha producido un descenso de los procesos penales en virtud del § 325, con 303 en 2001, y 135 en 2017, lo que supone un descenso del 55% en un período de diecisiete años, y la tendencia negativa general puede ser observada en la tabla.

[17] Directiva de la Unión Europea 2008/50/EC, OJ L 152, del 11 de junio de 2008. https://data.europa.eu/eli/ dir/2008/50/oj

[18] Comisión Europea, *Air Quality Standards*. https://ec.europa.eu/environment/air/quality/standards.htm

[19] *Bundesgerichtshof* [BGH] [Federal Court of Justice] May 13, 2004, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2248, 2004 163-164 (Ger.).

Tabla 3. Casos registrados bajo la sección 325, StGB, 2001-2017

Año	Número de casos	Año	Número de casos
2001	303	2010	204
2002	261	2011	256
2003	308	2012	165
2004	184	2013	139
2005	176	2014	137
2009	211	2015	119
		2016	127
		2017	135

8.4. Análisis

Este capítulo pretende responder a dos preguntas: en primer lugar, en qué se diferencian Estados Unidos, India y Alemania en su tratamiento de la contaminación del aire mediante disposiciones de ejecución penal y, en segundo lugar, si existe una relación entre la frecuencia de la ejecución penal y la calidad del aire en estos países. En la parte previa del capítulo se han establecido las diferencias esenciales en la legislación y datos sobre delitos en cada país, y en la siguiente parte del capítulo se intenta inferir la relación entre la ejecución penal y la calidad del aire, mediante el análisis de los datos disponibles.

El Banco Mundial, a través de su plataforma de datos abiertos, ha publicado los niveles de contaminación del aire por $PM_{2,5}$, y para el propósito de este análisis consideraré los datos de exposición media anual ($\mu g/m^3$) para cada país individual. Todos los datos sobre la calidad del aire utilizados a continuación han sido extraídos del conjunto de datos obtenidos del Banco Mundial (Brauer, 2017) y están disponible para los años 1990, 1995, 2000, 2005 y 2010-2016.

Según los datos de procesamiento penal de los delitos de contaminación del aire en los Estados Unidos que figuran en la tabla 4, en las lecturas de $PM_{2,5}$ para los Estados Unidos podemos observar que a lo largo del tiempo ha habido un aumento en el procesamiento de delitos conforme a la LAL, y que existe una relación positiva y directa entre los delitos procesados durante años consecutivos. A lo largo del mismo periodo se ha producido un pequeño descenso en la exposición anual a los contaminantes del $PM_{2,5}$ en el ambiente, lo que indica una relación directa e inversa. Según los estándares NAAQS establecidos por la AFPA, la exposición anual a los contaminantes del aire $PM_{2,5}$ es 12μg/m^3 y todas las lecturas en los Estados Unidos en el período dado han descendido dentro del límite prescrito, en una tendencia consistentemente descendente. Existe una relación inversa y negativa entre las dos variables, lo que indica que el aumento del número de delitos procesados coincidió con una disminución de la exposición a los contaminantes $PM_{2,5}$ en Estados Unidos de 1990 a 2016.

Tabla 4. Exposición media anual a $PM_{2,5}$ (μg/m^3) (1990-2016)

Año	EE.UU.	India	Alemania
1990	11,38	59,85	17,45
1995	10,88	60,59	15,2
2000	10,7	61,49	14,08
2005	10,43	65,66	13,39
2010	8,62	64,6	13,7
2011	8,65	63,87	13,68
2012	8,68	66,07	13,3
2013	8,53	68,95	13,66
2014	8,5	71,61	13,87
2015	9,17	75,58	13,48
2016	9,2	75,8	13,46

Fuente: *Bundeskriminalamt*; Banco Mundial.

Así, Estados Unidos no solo ha logrado su meta en términos de exposición a $PM_{2,5}$ por debajo de 12 $\mu g/m^3$, sino que el análisis también indica una relación inversa entre el número de procesos penales y la exposición a contaminación, e implica una relación directa entre los procesos penales y el descenso en la exposición a la contaminación. De acuerdo con los si bien limitados datos de la ONRDI sobre delitos registrados en la India en virtud de la Ley del Aire, y los valores de exposición media anual a los contaminantes $PM_{2,5}$, ha habido un fuerte descenso en el número de procesos a lo largo del tiempo, mientras la exposición a contaminantes $PM_{2,5}$ tiene una relación directa y positiva, lo cual indica que la exposición media anual a los contaminantes $PM_{2,5}$ ha ido aumentando de manera sostenida con el paso del tiempo.

La norma nacional de calidad del aire ambiente en la India para $PM_{2,5}$ ($\mu g/m^3$) es de 40 $\mu g/m^3$ (n. 103) y, como podemos ver por los datos, la exposición media anual ha ido aumentando de forma continua desde 59,85 $\mu g/m^3$ en 1990 hasta 75,80 $\mu g/m^3$ en 2016, lo que equivale a casi el doble del límite permisible. Si se relaciona con el número de delitos juzgados en virtud de la Ley del Aire, el análisis revela una relación negativa e inversa entre las variables, indicando que en la India el aumento de la exposición media anual a los contaminantes $PM_{2,5}$ ha coincidido con la disminución de los delitos registrados. Mientras la India ha fracasado rotundamente en el mantenimiento de su deseada calidad del aire ambiente con respecto a la exposición media anual a $PM_{2,5}$, su creciente exposición media anual a $PM_{2,5}$ está inversamente relacionada con su disminución del uso de las disposiciones penales de la Ley del Aire.

Si se compara el número de delitos registrados y la exposición media anual a las $PM_{2,5}$ ($\mu g/m^3$) a lo largo de los años en Alemania, utilizando los datos del BKA y los datos del Banco Mundial sobre $PM_{2,5}$, se revela un descenso en el número de delitos contemplados en el § 325 del StGB registrados en el tiempo.

Asimismo, dado que el objetivo de exposición media anual a los niveles $PM_{2,5}$ ($\mu g/m^3$) es de 25 $\mu g/m^3$[20], y que este se ha reducido de 1990 (17,450204 $\mu g/m^3$) a 2016 (13,4577961 $\mu g/m^3$), Alemania no solo ha alcanzado este objetivo de calidad del aire, sino que ha visto una disminución de la exposición a los contaminantes $PM_{2,5}$, también se podría explicar posiblemente la disminución del número de delitos registrados si las causas de acción de los propios delitos han disminuido con el tiempo después de haber alcanzado los objetivos de calidad del aire. Por lo tanto, en Alemania no se puede observar una relación significativa entre las variables de delitos registrados y la exposición a contaminantes $PM_{2,5}$.

Después de explicar las limitaciones de los datos, como se ha discutido previamente en este capítulo, encontramos que en dos de las tres jurisdicciones, India y Estados Unidos, que son diferentes en términos de desarrollo, se observa claramente una relación inversa entre las instancias de procesos penales o registro y la exposición a contaminantes $PM_{2,5}$, mientras que Alemania no muestra una relación significativa, lo que responde a las dos preguntas de investigación sobre cómo las tres jurisdicciones difieren en su tratamiento de los delitos de contaminación del aire y si existe una relación entre la ejecución penal y exposición a la contaminación en cada una de estas jurisdicciones. Aunque sería incorrecto suponer una causalidad, especialmente cuando se comparan Estados Unidos e India, que muestran relaciones claramente identificables, es posible que la ejecución penal esté asociada a una mayor vigilancia técnica sobre infracciones, lo que es indicativo de un régimen de ejecución ambiental más sólido en general, conduciendo a un mejor rendimiento de los indicadores ambientales.

[20] Comisión Europea, *Air Quality Standards*. https://ec.europa.eu/environment/air/quality/standards.htm

9. Conclusiones

Este capítulo ha ofrecido argumentos cualitativos y cuantitativos a favor de procesos penales por daños ambientales, especialmente contra los autores corporativos. La sección cuantitativa presenta un debate significativamente representativo, si no exhaustivo, sobre las teorías existentes en la criminología verde y la responsabilidad corporativa en los delitos ambientales, y compara las respuestas culturales a la implementación del derecho penal ambiental en Estados Unidos, India y Alemania. Utilizando los datos disponibles, se puede deducir que existe una relación directa y positiva entre las instancias de procesamiento penal y la calidad del aire. Sin implicar causalidad, sirve para justificar el uso continuo de mecanismos de justicia penal para la prevención y el control de la contaminación del aire, y posiblemente de otros delitos ambientales. Este análisis se habría beneficiado, sin duda, de tener acceso a datos no solo sobre el proceso de los delitos en cada país, sino también sobre la naturaleza de los demandados (ya sean personas físicas o jurídicas), así como de un período de datos más largo específicamente para la India. Una inferencia importante es que India no es solo el único país en desarrollo del conjunto y, por tanto, el único sin alcanzar sus objetivos de calidad del aire, sino que su visible escasez de datos sobre delitos ambientales es posiblemente ilustrativa de un régimen de ejecución más débil en general. Adicionalmente, es una generalización masiva utilizar datos de calidad del aire promediados para países enteros y se podría obtener una imagen más exacta si se comparan ciudades individuales o zonas rurales para medir el rendimiento de la calidad del aire con respecto a la ejecución penal.

Si el comportamiento que perjudica a la sociedad y el ambiente se viera como de rigor cuando participan las empresas, ya no se vería como una desviación. Si todo el mundo es un criminal, nadie lo es, y si todas las corporaciones, en esencia, participan como empresas criminales, dificultando el procesamiento de cada una de ellas por infracción, se crea

una estructura industrial basada en el daño ambiental. En la atribución de la responsabilidad penal de las corporaciones es crucial no limitarse a imponer una responsabilidad estricta, o atribuir la responsabilidad a personas individuales, sino también establecer cómo las personas jurídicas y las corporaciones como actores responsables muestran un comportamiento delictivo. Esto es especialmente difícil en un escenario político donde el liberalismo y el individuo ocupan el centro del imaginario jurídico, y el comportamiento del crimen corporativo conceptualmente puede desviar esta perspectiva hacia un mayor bienestar social (Quaid, 1998, p. 71). Un cambio de lenguaje en la manera de documentar, reportar y, en última instancia, tratar legalmente a las corporaciones es esencial para la protección del derecho del público a acceder a su ambiente.

Epílogo
Conclusiones a través de las culturas

Kirk W. Junker

Aunque el funcionalismo cura algunos de los males del enciclopedismo y el formalismo en derecho comparado, todavía hay que justificar —más allá del alcance de las empresas funcionales— por qué se eligieron estos temas en particular y no otros. Hemos pretendido una presentación equilibrada del norte y el sur, así como del este y oeste, y esperamos que los temas no sugieran un sesgo en la dirección que señalaron Reimann y David cuando comentaron que la mayor parte de la literatura de derecho comparado es una comparación entre Estados Unidos y Europa. Nuestra capacidad de utilizar el derecho para negociar nuestra relación sostenible con el mundo material es una preocupación para toda la humanidad, no solo para ciertas regiones de la tierra. Esperamos haber presentado estos temas desde esa perspectiva.

Tanto los que respaldan como los que critican los proyectos de derecho comparado admiten que, con demasiada frecuencia, los textos de derecho comparado son abstracciones académicas escritas para un público de académicos. Esperamos que este libro no haya caído en esa trampa. Basándonos en nuestras experiencias colectivas de estudio y práctica del derecho ambiental, nos hemos esforzado por teorizar a partir de la práctica, y ofrecer así comparaciones para la práctica.

Una de las piezas más comunes que se pierden en la discusión del derecho en general y del derecho ambiental en particular es la parte que analiza las expectativas y comportamientos de los que están sujetos a la ley en una cultura determinada. Esta es una de las principales diferencias entre el derecho comparado que se trata como leyes comparadas (como en los estatutos) y no como culturas jurídicas comparadas. Un debate sobre las culturas jurídicas debe incluir, ciertamente, la perspectiva y las expectativas de la persona para la cual y contra la cual se legisla y aplican las leyes. Estas perspectivas, actitudes y prácticas no pueden reducirse a la política de votar por los legisladores. Los ciudadanos como actores jurídicos no se pueden reducir a ciudadanos como actores políticos. Esa es una de las razones por las que hemos distinguido explícitamente a ambos en el capítulo 6, «La interfase del derecho y la política». Utilizar la perspectiva de ciudadanos bajo la rúbrica «cultura» no es solo una etiqueta inteligente o de embellecimiento intelectual. Estudios científicos sociales demuestran —en todas las culturas— correlaciones directas entre el cumplimiento de los ciudadanos con las fuentes de la ley y su creencia y apoyo a la misma. Aunque algunos podrían encuadrar ese fenómeno bajo la etiqueta de «legitimidad», se trata de algo más. Es indispensable que los legisladores, jueces, policías, administradores y abogados en ejercicio conozcan las expectativas y actitudes de los ciudadanos. Cuando las culturas del mundo empezaron a percatarse de algunos de los daños de la industrialización, hubo que plantear y responder preguntas en todas las culturas industriales para distinguir los servicios, procesos y productos que considerábamos necesarios, a pesar de la contaminación y su impacto perjudicial en el aire, el agua y la tierra. Eliminamos algunas cosas a las que nos habíamos acostumbrado, pero nos habíamos acostumbrado a muchas de la mayoría de las cosas como para poder eliminarlas fácilmente, así que las prohibimos por ley; sin embargo, luego las permitimos como excepciones a la prohibición legal mediante la emisión de permisos para continuar con la producción, pero para ajustar esa producción a los límites legales necesarios después de

un período puente de autorización. La energía eléctrica es la principal industria que ha recibido ese trato, pero hay otras cosas que los vendedores del mundo nos han hecho creer que son indispensables y, sin embargo, hace una generación no teníamos, lo que demuestra que muy probablemente son prescindibles.

Con demasiada frecuencia, cuando se presentan los datos de la ciencia, los que son nuevos en la consideración del ambiente que les rodea se sienten abrumados y se preguntan si realmente se puede lograr algo. Los datos que aprenden son tan sorprendentes que sienten que no pueden ser ciertos y deben ser parte de alguna agenda política. La lenta evolución a la que me refería en el capítulo 1, que desplazó nuestros ojos a la parte delantera de la cabeza, y nos dio la capacidad de ver estereoscópicamente y, por tanto, tener percepción de profundidad y tomar decisiones, es una herramienta que ha demostrado ser beneficiosa para el ser humano a lo largo de nuestra existencia. Nuestra actitud hacia la solución tecnológica para nuestros problemas, sobre todo los problemas autoimpuestos, no es una herramienta que resulte beneficiosa. Somos capaces de realizar cambios a muy largo plazo e incluso cambios irreversibles al mundo en el que vivimos. Lo hacemos con un leve sentido de *laissez-faire* de que podemos revertir tecnológicamente los errores, al sentir que nos amenazan de forma inminente. A diferencia de la visión estereoscópica, esa actitud no es una herramienta de supervivencia. Empleando una metáfora de la tecnología, Marshall McLuhan nos recordó que estamos sentados en el asiento del conductor. Algunos miran por el espejo retrovisor, pero todos podemos mirar por la ventana que tenemos ante nosotros y ver lo que se avecina. Esperamos que las herramientas presentadas en este libro ofrezcan una selección de provocaciones y aplicaciones que permitan a los ciudadanos y a los abogados ver hacia adelante a través de esa ventana con las capacidades comparativas de la percepción estereoscópica de profundidad y tomar decisiones que no solo nos permitan sobrevivir, sino también prosperar.

Sobre los autores

Dennis Agelebe es socio en DAOS LP en Lagos, Nigeria. Tiene un LLB de la Universidad de Calabar, Nigeria y un LLM en Derecho de los Derechos Humanos y Protección Ambiental de la Universidad Charles de Praga, República Checa. Actualmente es un candidato a doctor en la Universidad de Colonia, Alemania. Sus intereses de investigación incluyen energía sostenible, prácticas comerciales respetuosas con el medio ambiente e IED con ética ambiental en países en vías de desarrollo.

Tsegai Berhane Ghebretekle es un profesor asociado de derecho en la Universidad de Mekelle, Facultad de Derecho y Gobernanza, Escuela de Derecho, en Etiopía, donde enseña varios cursos entre los cuales se incluyen los de Derecho Internacional Público, Derecho Ambiental, Derecho de Tierras, Teorías y Principios Ambientales, Medio Ambiente y Desarrollo, y Justicia Climática, en los niveles de pregrado y postgrado. Sus intereses de investigación incluyen desarrollo sostenible, responsabilidad social corporativa, ética y justicia climática y gestión de riesgo de la contaminación industrial.

Vanessa Johnston es Catedrática en la Universidad de Monash, Melbourne, Australia. Está licenciada para ejercer en Australia tanto en

las jurisdicciones estatales como federales, y antes de dar conferencias en la Universidad de Monash, practicó derecho durante diez años en empresas comerciales especializadas y medianas. Sus principales áreas de especialidad incluyen derecho de propiedad, tributario y recaudación. Recibió su doctorado en la Universidad de Monash en 2016 por su tesis sobre precios de carbono para actividades de transporte terrestre. Dicta clases sobre materias en derecho de propiedad obligatorio a alumnos de niveles pregrado y postgrado. Sus investigaciones están enfocadas en el impacto del cambio climático sobre la planificación y uso de suelos en Australia, así como en conceptos fundamentales de derechos de propiedad como la tenencia. Además, está involucrada en varios proyectos de investigación interdisciplinarios sobre transporte sostenible en Victoria.

Kirk W. Junker ocupa la Cátedra de Derecho Estadounidense en la Universidad de Colonia, donde es también director del Centro de Derecho Ambiental y director del Programa de Maestría Internacional en Ciencias Ambientales (IMES). También es testigo experto ante las cortes de Alemania. Antes de incorporarse a la Facultad de Derecho de Universidad de Colonia, el profesor Junker fue profesor asociado de derecho y director de programas internacionales en la Facultad de Derecho de Universidad Duquesne en Pittsburgh, Estados Unidos. Ocupó el primer cargo académico transfronterizo después del Acuerdo de Belfast, como miembro de facultad a tiempo completo de la Universidad de la Reina de Belfast, Irlanda del Norte y la Universidad Ciudad de Dublín, República de Irlanda. Anteriormente, fue miembro de la Facultad de Ciencias Naturales de la Universidad Abierta del Reino Unido. El profesor Junker es profesor adjunto de Derecho Internacional y Comparado del Medio Ambiente en la Universidad de Paris 1, Panteón-Sorbonne, en el Instituto de Educación e Investigación Ambiental, Universidad Bharati Vidyapeeth, Pune, India, y en la Universidad Ss. Cyril and Methodius de Skopje, Macedonia del Norte. El profesor Junker está licenciado para

ejercer el derecho en Pennsylvania y ante las cortes federales de Estados Unidos. Durante nueve años practicó derecho ambiental ante el consejo de litigios del Departamento de Recursos Ambientales de Pennsylvania.

Sacha Kathuria es consejera para Asuntos de Gobierno en el American Coatings Association (ACA) en Washington, D.C., donde se dedica a la sostenibilidad y programa de administración de productos de fabricantes de pinturas, PaintCare. Antes de incorporarse a ACA, enseñó Negocios Internacionales y Derecho Internacional en Saint Vincent College, trabajó en las industrias de petróleo, gas y comercio, y en el Departamento de Energía de los Estados Unidos en proyectos de electricidad financiados para la Asociación de Gobernadores del Medio Oeste. Tiene un LLM en Derecho de la Energía y Medio Ambiente de la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington, un JD de la Universidad Duquesne, una Maestría en Asuntos Públicos e Internacionales de la Universidad de Pittsburgh, un Certificado de Graduación del Centro de Excelencia de la Unión Europea de la Universidad de Pittsburgh, y un BA en Asuntos Internacionales e Historia de la Universidad George Washington. Está licenciada para ejercer el derecho en Pennsylvania, el Distrito de Columbia y ante la Corte Distrital del Circuito Federal de los Estados Unidos y la Corte Internacional de Comercio de los Estados Unidos. Las opiniones vertidas corresponden únicamente a las de la autora y no reflejan alguna posición o política oficial de sus actuales o antiguos empleadores, clientes o asociaciones.

Ryan Kraski es admitido a la práctica del derecho en el estado de Pensilvania y los tribunales federales estadounidenses del Tercer Circuito. Actualmente es un candidato doctoral en la Universidad de Colonia, donde es un becario de investigación y profesor de derecho criminal. Posee un BA en Administración de Negocios y Ciencias Políticas, *cum laude*, de Washington and Jefferson College y un JD *cum laude* de la Facultad de Derecho de la Universidad Duquesne en los Estados Unidos.

Ana Miola es una abogada medioambiental de Brasil, especializada en legislación ambiental del Brasil tanto nacional como internacional. Es miembro de y ex secretaria general de la Comisión de Derecho Ambiental de la Orden de Abogados de Brasil, sección Rio Grande do Sul. Actualmente está completando una Maestría en Ciencias Ambientales y Gestión de Recursos Naturales y Desarrollo en la Universidad de Colonia y la Escuela Técnica de Colonia respectivamente, como becaria de la Fundación Heinrich Böll, Alemania.

Saskia Münster es investigadora de la Cátedra de Derecho Estadounidense, donde gestiona proyectos de investigación para el Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Colonia. Sus áreas de interés incluyen el derecho ambiental comparado y el derecho de aguas, centrándose especialmente en las comparaciones entre jurisdicciones europeas y latinoamericanas. Completó sus estudios de derecho en la Universidad de Colonia, donde actualmente es una candidata doctoral.

Jorge Ignacio García Nielsen es socio de D.S. Avocats en Santiago, Chile, dedicados a proyectos relativos al medio ambiente, planificación urbana, recursos naturales y energía; y profesor de Derecho de la Energía y Contaminación en la Universidad del Desarrollo. Anteriormente fue abogado del Departamento de Medioambiente, Recursos Naturales y Legislación Reguladora en la firma de abogados Moraga y Cía., y socio de Green Chile, donde su práctica estuvo enfocada en derecho ambiental y urbanismo, recursos naturales y legislación reguladora. También ha sido jefe del Departamento de Derecho Ambiental y Penal en la firma de abogados Araya y Cía., y profesor asistente de Derecho Administrativo y Penal en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Tiene una maestría en Derecho de los Sectores Regulados de la Universidad Carlos III de Madrid, un diplomado en Recursos Naturales y Derecho Energético, Derecho de los Recursos Naturales; y un título con certificado académico de especialidad en Derecho Penal, *Minor* en Ecología y Psicología Social y Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Marek Prityi es asesor del Estado en el Ministerio de Medio Ambiente de Eslovaquia. Anteriormente completó su investigación doctoral en el campo de derecho ambiental comparado en la Universidad de Colonia, Alemania. Finalizó una pasantía en el Parlamento Alemán, y trabajó como abogado y analista de contratos en Eslovaquia. Es egresado de la Universidad Comenius, Bratislava y Universidad Trnava, Slovakia y colaboró como investigador asociado con la organización gLAWcal-Global Law Initiatives for Sustainable Development. Durante sus estudios de doctorado, y en su capacidad de investigador asociado, condujo investigaciones en los Estados Unidos, India y China. Las opiniones e interpretaciones expresadas corresponden al autor y no reflejan necesariamente la posición oficial de Ministerio de Ambiente de la República Eslovaca.

Moritz Röhrs es asistente de investigación de la Cátedra de Derecho de los Estados Unidos de la Universidad de Colonia. Es bachiller en leyes por la misma universidad y tiene una maestría en derecho por la Universidad de París 1 Panteón-La Sorbona. Actualmente cursa la maestría del programa Internacional de Ciencias Ambientales de la Universidad de Colonia. Sus áreas de interés son las leyes sobre conservación de la naturaleza y la administración del ecosistema.

Mrinalini Shinde es abogada ambientalista de la India, donde ha ejercido el derecho como defensora, principalmente de conflictos legales ambientales y litigios de interés público, incluyendo ante el Tribunal Nacional Verde. Actualmente es miembro del programa de becas sobre clima para la carrera temprana de la Universidad de las Naciones Unidas y Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), donde trabaja en el Programa de Asuntos Legales. Anteriormente fue asistente de investigación de derecho ambiental comparado en la Cátedra de Derecho Estadounidense en la Universidad de Colonia. Sus áreas de interés incluyen delitos ambientales y la aplicación de la ley, derecho internacional del cambio climático,

ley de biodiversidad, y derecho del mar. Tiene un BA LLB (Hons.) de la Escuela Nacional de Derecho de la Universidad de la India y M.Sc. en Ciencias Ambientales de la Universidad de Colonia, Alemania. Las ideas y opiniones expresadas por Mrinalini Shinde en este libro son exclusivamente suyas y no reflejan en modo alguno las opiniones y puntos de vista de la UNUEHS, la Secretaría de CMNUCC y de cualquiera de sus órganos, organismos o agentes afiliados.

Yuan Ye es un conferencista en la Universidad de Hohai en Nanjing, China. Sus áreas de investigación incluyen el derecho ambiental chino, el derecho comparado entre la Unión Europea y la China sobre compensación daños ecológicos, entre Estados Unidos y la China sobre sistemas de licencias para aguas residuales, los riesgos administrativos jurídicos en temas de protección ambiental, así como las áreas naturales protegidas de la China. La doctora Ye ha aportado al German Ecological Relief Institution del Ministerio de Tierras y Recursos de la China, y a un proyecto del sistema legal ecológico del Ministerio de Ecología y Medio Ambiente de China. Actualmente conduce investigaciones sobre la Ley de Aguas de Alemania y Estados Unidos como un modelo potencial de desarrollo para el sistema chino de leyes de agua.

Bibliografía

Capítulo 1. ¿Por qué comparar?
Kirk W. Junker

Berger, Peter L. & Thomas Luckmann (1979). *The Social Construction of Reality: A Treatise*. Londres: Penguin.

Berman, Harold Joseph (1983). *Law and Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Binford, Lewis Roberts (2001). *Constructing Frames of Reference: an Analytical Method for Archaeological Theory Building Using Hunter-Gatherer and Environmental Data Sets*. Los Angeles: University of California Press.

Brown, Donald A. (2002) *American Heat: Ethical Problems with the United States Response to Global Warming*. Londres: Rowman & Littlefield.

Brown, Donald A. (2013). *Climate Change Ethics: Navigating the Perfect Moral Storm*. Nueva York: Routledge.

Burke, Kenneth (1945). *A Grammar of Motives*. Nueva York: Prentice-Hall.

Burke, Kenneth (1966). *Language as Symbolic Action Essays on Life, Literature, and Method*. Los Angeles: University of California Press.

David, René (1950). The Study of Foreign Law as a Contribution towards International Understanding. *International Social Science Bulletin, 2*(1), 5-13.

David, René & John E. C. Brierly (1978). *Major Legal Systems in the World Today*. 2da ed. Buffalo, NY: Legal Classics Library.

Frankenberg, Günter (2017). Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal, 26*, 411-455.

Gardner, Alex (2000). Appeals against administrative decisions affecting water resources. *European Property Law Journal, 17*(4), 315-333.

Glendon, Mary Ann (2014). Comparative Law in the Age of Globalization. *Duquesne Law Review, 52*(1), 1-24.

Großfeld, Bernhard (2005). *Core Questions of Comparative Law*. Durham: Carolina Academic Press.

Harari, Yuval Noah (2011). *Sapiens*. Nueva York: Penguin.

Hassan, Fekri A. (1981). *Demographic Archaeology*. Nueva York: Academic Press.

Heidegger, Martin (1969). *Identity and Difference*. Nueva York: Harper & Row.

Heisenberg, Werner (1990). *Ordnung der Wirklichkeit*. Munich: Piper.

Holmes, Oliver Wendell (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review, 10*(457), 1-20.

Howard, Ian P. & Brian J. Rogers (2012). *Perceiving in Depth*. Oxford: Oxford University Press.

Ibarra-Soria, Ximena y otros (2017). Variation in Olfactory Neuron Repertoires Is Genetically Controlled and Environmentally Modulated. *ELife, 6*. doi:10.7554/elife.21476.

Lepaulle, Pierre (1922). The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review, 35*(7), 838-858.

McLuhan, Marshall (2001). *Understanding Media*. Nueva York: Routledge.

McLuhan, Marshall (2005). *The Classical Trivium: the Place of Thomas Nashe in the Learning of His Time*. Santa Rosa, CA: Ginko.

Merryman, John Henry (1999). *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*. Alphen aan den Rijn (Holanda): Kluwer Law International.

O'Neil, Dennis (1998). The Primates: Overview. www2.palomar.ed u/anthro/primate/prim_1.htm.

Paz, Octavio (1997). *In Light of India*. San Diego, CA: Harcourt Brace.

Reimann, Mathias (1996). The End of Comparative Law as an Autonomous Subject. *Tulane European and Civil Law Forum, 11*, 50-72.

Reimann, Mathias (2002). The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. *American Journal of Comparative Law, 50*, 671-700.

Schiemann, Konrad (2005). From Common Law Judge to European Judge. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 4*, 741-749.

Shapiro, Barbara (2001). Classical Rhetoric and the English Law of Evidence. En *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*. New Haven, CT: Yale University Press.

Stojkoski, Nikola & Dragana Velkovska (2018). *Essay on Human Reason: on the Principle of Identity and Difference*. Wilmington, DE: Vernon.

Stone, Ferdinand F. (1951). The End to Be Served by Comparative Law. *Tulane Law Review, 25*, 325-335.

Tunc, André (1964). La Contribution Possible Des Études Juridiques Comparatives à Une Meilleure Compréhension Entre Nations. *Revue Internationale De Droit Comparé, 16*(1), pp. 47-67.

Yntema, Hessel E. (1958). Comparative Law and Humanism. *American Journal of Comparative Law, 7*, 493-499.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz (1998). *Introduction to Comparative Law*. Trad. de Tony Weir, 3era ed. Bristol: Clarendon.

Capítulo 2. Una taxonomía de la comparación
Kirk W. Junker

Arminjon, Pierre y otros (1951). *Traité de Droit Comparé*. T. III. París: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence.

Berman, Harold Joseph (1983). *Law and Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Beru, Tsegaye & Kirk Junker (2018). A Constitiutional Review and Customary Dispute Resolution by the People in the Ethiopian Legal System. *North Carolina Journal of Law and Technology, XLIII*, 1-65.

Bracey, Dorothy H. (2006). *Exploring Law and Culture*. Long Grove, IL: Waveland.

Copeland, Rita (2014). *Rhetoric and Literary Criticism*. Oxford: OUP.

Curran, Vivan Grosswald (2002). *Comparative Law: An Introduction*. Durham: Carolina Academic Press.

David, René (1950). *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé: Introduction à L'étude des Droits Étrangers et à la Méthode Comparative.* París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Dorsen, Norman y otros (2016).*Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. Berkeley, CA: West Academic.

Tushnet, Mark (2006). Comparative Constitutional Law. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP.

Edwards, David (1993). Fact- Finding: A British Perspective. En D.L. Carey-Miller y Paul R. Beaumont (eds.), *The Option of Litigation in Europe.* Londres: UKNCCL.

Frankenberg, Günter (1985). Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal, 26*, 411-455.

Garner, B. A. (1999). *Blacks Law Dictionary*. Berkeley, CA: West Academic.

Gordley, James & Arthur Von Mehren (2014). *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.

Großfeld, Bernhard (2005). *Core Questions of Comparative Law*. Trad. Vivian Curran. Durham: Carolina Academic Press.

Harari, Yuval Noah (2011). *Sapiens*. Nueva York: Penguin.

Hegenbarth, Rainer (1982). *Juristische Hermeneutik Und Linguistische Pragmatik Dargestellt Am Beispiel Der Lehre Vom Wortlaut Als Grenze Der Auslegung*. Frankfurt am Mein: Athenaeum.

Heisenberg, Werner (1984). *Physik Und Philosophie: Mit e. Beitr*. Von Günther Rasche u. Bartel L.van Der Waerden. Stutgart: Hirzel.

Hiller, Jack A. & Bernhard Großfeld (2002). Comparative Legal Semiotics and the Divided Brain: Are We Producing Half-Brained Lawyers? *The American Journal of Comparative Law, 50*(1), 175-200.

Illich, Ivan & Barry Sanders (1989). *ABC: The Alphabetization of the Popular Mind*. Vancouver, WA: Vintage.

Junker, Kirk (2011). Rhetoric Demonstrates the Foundation of Law as Technê, Not Empeiria. En K. Bououris, ed., *Philosophy, Art and Technology* (pp. 99-114). Ionia.

Koschaker, Paul (1935). Was Vermag Die Vergleichende Rechtswissenschaft Zur Indogermanenfrage Beizusteuern?

Lepaulle, Pierre (1922). The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review, 35*(7), 838-858.

Lever, Jeremy (1999). Why Procedure Is More Important than Substantive Law. *International and Comparative Law Quarterly, 48*(2), 285-301.

Mantzavinos, C. (2016). *Hermeneutics*. Stanford Encyclopedia of Philosophy plato.stanford.edu/entries/hermeneutics/#Intr.

Mattei, Udo & Mathias Reimann (2006). Comparative Law and Critical Legal Studies. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.

Paz, Octavio & Eliot Weinberger (1997). *In Light of India: Essays*. San Diego, CA: Harcourt Brace.

Prest, Wilfrid R. (1972). *The Inns of Court under Elizabeth I and the Early Stuarts, 1590-1640*. Londres: Rowman & Littlefield.

Quain, Edwin A. (1945). The Medieval *Accessus ad Auctores*. *Traditio, 3*, 215-264.

Rabel, Ernst (1951). Deutsches Und Amerikanisches Recht. *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht, 16*(3), 340-359.

Reimann, Mathias (2002). The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. *American Journal of Comparative Law, 50*, 671-700.

Schauer, Frederick (1988). Formalism. *Yale Law Journal, 97*(4), 509-548.

Schiemann, Konrad (2005). From Common Law Judge to European Judge. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) Heft*, *4*, 741-749.

Shapiro, Barbara (2001). Classical Rhetoric and the English Law of Evidence. En *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*. New Haven, CT: Yale University Press.

Sprudzs, Adolf (1980). The International Encyclopedia of Comparative Law: A Bibliographical Status Report. *The American Journal of Comparative Law, 28*(1), 93-104.

Upham, Frank (1997). The Place of Japanese Studies in American Comparative Law. *Utah Law Review, 1997*(2), 639-656.

Whytock, Christopher A. (2009). Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law. *BYU Law Review, 6,* 1879-1906.

Zweigert, Konrad (1973). Die Praesumptio Similitudinis als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode. En *Inchiesete di Diritto Comparato: Scopi e Metodi di Diritto Comparato*. M. Rotondi, ed.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz (1988). *Introduction to Comparative Law*. Trad. Tony Weir. 3ª ed. Bristol: Clarendon.

Capítulo 3. Ubicación del derecho ambiental en el sistema jurídico

Marek Prityi, Ana Miola, Yuan Ye, Ryan Kraski y Saskia Münster

Abelkop, Adam (2013). Tort Law as an Environmental Policy Instrument. *Oregon Law Review*, 92, 382-469.

Beru, Tsegaye & Kirk W. Junker (2018). A Constitiutional Review and Customary Dispute Resolution by the People in the Ethiopian Legal System. *North Carolina Journal of International Law, XLIII*(1), 1-65.

Bignami, Francesca (2011). From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. *American Journal of Comparative Law, 59*(4), 859-907.

Blomquist, Robert F. (2012). Comparative Climate Change Torts. *Valparaiso University Law Review, 46*(4), 1053-1075.

Boughey, Janina (2013). Administrative Law: The Next Frontier for Comparative Law. *International & Comparative Law Quarterly, 62*, 55-95.

Canotilho, José Joaquim Gomes & José Rubens Morato Leite (2015). *Direito Constitutional Ambiental Brasiliero.* São Paulo: Saraiva.

Chalifour, Nathalie & Sébastien Duyck (2018). Climate Change. Human Rights and Private Remedies. *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. Londres: Routledge.

Changshan, Ma (2015). Possibility and Limit of New Round Judicial Reform. *Tribune of Political Science and Law*. Chiuna University of Political Science and Law.

Cox, Roger (2016). The Decision of the Hague District Court in the Climate Case Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands. *Journal of Planning and Environmental Law, 79*, 1-15.

Curran, Vivian Grosswald (1998). Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law. *American Journal of Comparative Law, 46*(1), 42-92.

Dainow, Joseph (1967). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. *American Journal of Comparative Law, 15*(3), 419-435.

Davies, Haydn (2013). Native Villagers' Demand for Climate Justice Exposes the Limitations of Federal Common Law. *Environmental Law Review, 15*(1), 1-10.

Dewees, Donald (1992). The Role of Tort Law in Controlling Environmental Pollution. *Canadian Public Policy*, XVIII(4), 425-442.

Di Pietro, Maria & Sylvia Zanella (2014). *Direito Administrativo*. São Paulo: Forense.

Elliott, E. Donald y otros (1985). Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law. *Journal of Law, Economics & Organization, 1*(2), 313–340.

Frank, Will (2017). Climate Law Blog. *Climate Law Blog RSS*, blogs. law.columbia.edu/climate change/2017/12/07/the-huaraz-case-lluiya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate -law-suit-against-big-co2-emitter/.

Gadamer, Hans-Georg (2004). *Truth and Method*. 2ª ed. Londres: Continuum.

Gomes, Jose (2015). *Direito Constitutional Ambiental Brasiliero*. São Paulo: Saraiva.

Green, Marlow (1997). Common Law, Property Rights and the Environment: A Comparative Analysis of Historical Developments in the U.S.A. and England and a Model for the Future. *Cornell International Law Journal, 30*(2), 541-586.

Greve, Michael S. (1989). The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law. *Cornell International Law Journal, 22*, 197-244.

Grossman, David & William Burns (2009). Tort-Based Climate Litigation. En William Burns y Hari Osofsky, eds., *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches* (cap. 9). Cambridge: COU.

Guohua, Jiang & Xiao Nina (2019). The Entering of 'Ecological Civilization' into the Constitution and New Development of Environmental Law. *Journal of Nanjing University of Technology*.

Haisong, Chen (2019). The Formation and Normalization of Rule of Political Parties in Eco- Environmental Law. *Law Science*.

Heiskanen, Heta & Sébastien Duyck (2018). Climate Change and the European Court of Human Rights: Future Potentials. *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. Londres: Routledge.

HLR – Harvard Law Review (2015). Note: Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts. *Harvard Law Review, 128*, 2256-2277.

Hogg, Martin (2016). Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective. *Journal of European Tort Law, 7*(2), 1-22.

Houck, Oliver (2012). Save Ourselves: The Environmental Case That Changed Louisiana. *Louisiana Law Review, 72*(2), 409-437..

Jodoin, Sébastien & Sébastien Duyck (2018). Look Before You Jump: Assessing the Potential Influence of the Human Rights Bandwagon on Domestic Climate Policy. *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. Londres: Routledge.

Junker, Kirk W. (2016). *Legal Culture in the USA: An Introduction*. Londres: Routledge.

Juraj, Alexander & Gyárfáš, Juraj (2018). *Legal Research in Slovakia: Including a Brief Description of Slovak Political and Legal System*. Hauser Global Law School Program. Febrero 2013. 5 de junio de 2018. https://www.nyulawglobal.org/globalex/Slovakia1.html

Kitagawa, Hidetiki (2017). Environmental Policy Under President Xi Jinping Leadership: The Changing Environmental Norms. *Environmental Policy and Governance in China*.

Klass, Alexandra (2006). Modern Public Trust Principles: Recognizing Rights and Integrating Standards. *Notre Dame Law Review, 82*(2), 699-754.

Klass, Alexandra (2015). Fracking and the Public Trust Coctrine: A Response to Spence. *Texas Law Review 93*, 47-59.

Kysar, Douglas (2011). What Climate Change Can Do about Tort Law. *Environmental Law, 41*(1), 1-71.

Lambrecht, Jesse & Claudia Iuarte-Lima (2016). Legal Innovation in National Courts for Planetary Challenge: Urgenda v State of Netherlands. *Environmental Law Review, 18*(1), 57-64.

Latham, Mark (2011). The Intersection of Tort and Environmental Law: Where the Twain Should Meet and Depart. *Fordham Law Review, 80*(2), 737-773.

Lin, Albert C. (2015). Beyond Tort: Compensating Victims of Environmental Toxic Injury. *Southern Carolina Law Review, 78*, 1439-1528.

Machado, Paulo Affonso Leme (2017). *Direito Ambiental Brasileiro*. Sao Paulo: Malheiros.

Malone, Wex S. (1970). Ruminations on the Role of Fault in the History of the Common Law of Torts. Louisiana *Law Review, 31*, 1-44.

Maohong, Bao (2017). Environmental Governance in China and Environmental Cooperation in North-East Asia. En Hidetiki Kitagawa, ed., *Environmental Policy Under President Xi Jinping Leadership: The Changing Environmental Norms*. *Environmental Policy and Governance in China*. Springer.

Mathews, Jud (2004). Turning the Endangered Species Act inside out? *The Yale Law Journal, 113*(4), 947-954.

McAllister, Lesley (2008). *Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil*. Stanford: Stanford University Press.

McCowan, Charles S. (1992). The Evolution of Environmental Law in Louisiana. *Louisiana Law Review, 52*(4), 907-932.

McElwee, Charles R. (2011). *Environmental Law in China: Managing Risk and Ensuring Compliance*. Nueva York: Oxford University Press.

Melnick, R. S. (1983). *Regulation and the Courts: The Case of the Clean Air Act: the Case of the Clean Air Act*. Washington DC: Brookings Institution

Meneghetti, Diego (2018). Quais as Consequências Do Desastre De Mariana (MG)? *Superinteressante, Superinteressante*, 4 July 2018, https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-as-consequen cias-do-desastre-de-mariana-mg/.

Minzer, Carl (2011). China's Turn Against Law. *American Journal of Comparative Law, 59*, 935–984.

Nowag, Julian (2018). Article 11 TFEU Environmental Rights.» Environmental Rights in Europe and Beyond. Oxford: Hart.

Peine, Franz-Joseph & Thorsten Siegel (2018). *Allgemeines Verwaltungsrecht: Mit Ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte*. Erlangen: Müller.

Perez, Oren (2015). Can Experts be Trusted and What Can Be Done About It? Insights from the Biases and Heuristics Literature. En Alberto Alemanno and Anne-Lise Sibony eds., *Nudging and the Law: A European Perspective*. Oxford: Hart.

Pietro, Maria (2014). *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Forense.

Prettyman, Barret (1958). The Nature of Administrative Law. *Virginia Law Review, 44*(5), 685-701.

Razzaque, Jona (2001). Application of Public trust doctrine in Indian Environmental Cases. *Journal of Environmental Law, 13*(2), 221-234.

Redgwell, Catherine (1999). *Intergenerational Trusts and Environmental Protection*. Manchester: Juris.

Ripley, Wayne E. y otros (1973). Environmental Land-Use Control: Common Law and Statutory Approaches. *University of Miami Law Review, 28*. 136-208.

Robiou du Point, Yann (2018). Warming Assessment of the Bottom-Up Paris Agreement Emissions Pledges. *Nature Communications*. DOI: 10.1038/s41467-018-07223-9

Ruskola, Teemu (2002). Legal Orientalism. *Michigan Law Review, 101*, 179-234.

Saunders, Cheryl (2006). Apples, Oranges and Comparative Administrative Law. *Acta Juridica*, 423-429.

Schwartz, Victor; Kathryn Kelly & David Partlet (2010). *Torts Cases and Materials*. 12ª ed. Kansas City: Foundation Press.

Shmueli, Benjamin (2015). Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice. *University of Michigan Journal of Law Reform, 48*, 745-812.

Siems, Matthias (2014). *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Smith, Lionel (2011). Common Law and Equity in R3RUE. *Washington Lee Law Review, 68*(3), 1185-1202.

Szegedi, Laszlo (2014). The Eastern Way of Europeanisation in the Light of Environmental Policymaking: Implementation Concerns of the Aarhus Convention-Related EU Law in Central and Eastern Europe. *Elte Law Journal, 2014*(1), 118-168.

Treves, Adrian (2017). Predators and the Public Trust. *Biological Reviews of the Cambridge Philosophical Society, 92*, pp. 1-23.

Walch, Angela (2017). The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law). *Review of Banking Financial Law, 36*, 713-765.

Wang, Jin (2017). Evolution of Environmental Thought and Enforcement of Environmental Protection Legislation in China: The Status Quo. *Environmental Policy and Governance in China*. Springer.

Wood, Mary & William Burns (2009). Atmospheric Trust Litigation. En William C. G. Burns, ed., *Adjudicating Climate Change State, National, and International Approaches*. Cambridge: Cambridge University Press.

Yang, Tseming (2002). Environmental Regulation, Tort Law and Environmental Justice: What Could Have Been. *Washburn Law Journal, 41*, 607-628.

Yixiang, Deng y otros (2016). China's Water Management Towards Institutional Integration. A Review of Current Progress and Constraints *vis-à-vis* the European Experience. *Journal of Cleaner Production, 113*, 285-298.

Yuan, Ye. (2016). A Comparative Study: China's Water Pollutants Discharge Permit System with Reference to the National Pollutants Discharge Elimination System of the U.S.A. Tesis. Universidad de Colonia.

Zhang, Mo (2010). The Socialist Legal System with Chinese Characteristics: China's Discourse for the Rule of Law and a Bitter Experience. *Temple International Comparative Law Journal, 24*, 2-64.

Capítulo 4. Resolución de conflictos ambientales

Vanessa Johnston, Tsegai Berhane Ghebretekle, Ryan Kraski, Jorge Ignacio García Nielsen, Ana Miola y Mrinalini Shinde

Amirante, Domenico (2012). Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India. *Pace Environmental Law Review, 29*(2), 441-469.

Barker, Robert (1992). Constitutional Comparisons between the Law of the USA and Costa Rica. *American Law Review, 27*.

Bates, G. M. (2016). *Environmental Law in Australia*. 9ª ed. Butterworths, AU: LexisNexis.

Beresford, Quentin (2018). *Adani and the War over Coal.* Sidney: New South Wales Publishing.

Boyd, David R. (2012). *The Right to a Healthy Environment: Revitalizing Canada's Constitution*. Vancouver: UBC Press.

Brara, Rita (2018). *Courting Resilience: The National Green Tribunal, India*. UNRISD Working Papers, United Nations Research Institute for Social Development www.econstor.eu/handle/10419/186114.

Brennan, William (1977). State Constitutions and the Protection of Individual Rights. Harvard Law Review, 90, 489-504.

Bryner, Nicholas (2012). Brazil's Green Court: Environmental Law in the Superior Tribunal de Justica. *Pace Environmental Law Review, 29*, 470-537.

Cameron, Steffani (2019). *Conflict vs. Dispute*. Bizfluent, 29, bizfluent.com/about-66101 08-conf lict-vs--dispute.html.

Carrabus, Jason (2009). Merits Review of Commonwealth Environmental Decision-Making. *Environmental Planning Law Journal, 26*, 113 ss.

Cohen, Thomas (2009). *Tort Bench and Jury Trials in State Courts, 2005*. Washington DC: US Department of Justice.

Colbran, Stephen y otros (2015). *Civil Procedure: Commentary and Materials*. Butterworths, AU: LexisNexis.

Dannemann, Gerhard & Mathias Reimann (2006). Comparative Law: Study of Similarities or Differences? *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: OUP.

De Villiers, Bertus (2015). Conferral of Experts and Concurrent Evidence: What Do Experts Think. *South Western Journal of International Law, 16*.

Dillion, Lindsey (2018). The Environmental Protection Agency in the Early Trump Administration: Prelude to Regulatory Capture. *American Journal of Public Health, 108*, S89-S94. https://doi.org/10.2105/AJPH.2018.304360.

England, Phillip (2008). Doing the Groundwork State, Local, and Judicial Contributions to Climate Change Law in Australia. *Environment and Planning Law Journal, 25.*

Fernandez, Jose (1993). State Constitutions, Environmental Rights Provisions, and the Doctrine of Self–Execution: A Political Question? *Harvard Environmental Law Review, 17*, 333-388.

Findley, Roger (1998). Pollution Control in Brazil. *Ecology Law Quarterly, 15*(1), 1-68.

Fisher, D. E. (2014). *Australian Environmental Law: Norms, Principles and Rules*. Sidney: Thomson Reuters.

Galdia, Marcus (2003). Comparative Law and Legal Translation. *The European Legal Forum, 2003*(1), 1-4..

Garry, Patrick (2014). The Rising Role of State Constitutional Law: An Introduction to a Series of Articles on the South Dakota Constitution. *South Dakota Law Review, 59*, 4-13.

Gill, Gitanjali Nain (2015). Environmental Justice in India: The National Green Tribunal and Expert Members. *Transnational Environmental Law, 5*(1), 175-205.

Ginsburg, Tom (2010). Subconstitutionalism. *Stanford Law Review, 62*, 1583-1594.

Haller, Walter y otros (2013). *Allgemeines Staatsrecht*. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos.

Hart, Melanie & Jeffrey Cavanagh (2016). *Environmental Standards Give the United States an Edge Over China*. Center for American Progress, 8 Sept. 2016, www.americanprogress.org/issue s/green/news/2012/04/20/11503/environmental-standards-give-the-united-states-an-edge-over-china/.

Hutley, Noel & Sebastian Hartford-Davis (2016). Climate change and director's duties: Memorandum of Opinion. *Centre for Policy Development and Future Business Council Report*, Sidney.

Junker, Kirk W. (2020). *U.S. Law for Civil Lawyers: A Practical Reference Guide*. Baden-Baden: Nomos.

Kaniaru, Donald W. (2012). Environmental Courts and Tribunals: The Case of Kenya. *Pace Environmental Law Review, 29*(2), 566-581.

Kotzé, Louis (2017). Somewhere Between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador. *Transnational Environmental Law, 6*(3), 1-33.

Kristl, Kenneth (2016). It Only Hurts When I Use It: The Payne Test and Pennsylvania's Environmental Rights Amendment. *Environmental Law Report. News & Analysis, 46*, 10594-10607.

Lo, Carlos Wing-Hung & Shui-Yan Tang (2014). *Institutions, Regulatory Styles, Society and Environmental Governance in China*. Londres: Routledge.

Lyster, Rosemary y otros (2016). *Environment and Planning Law in New South Wales*. Sidney: The Federation Press.

May, James R. & Erin Daly (2016). *Global Environmental Constitutionalism*. Nueva York: Cambridge University Press.

Meek, Michael K. (2016). *Australian Legal System*. Sidney: Thomson Reuters.

Muirden, April (2008). Presenting Scientific Evidence in Environmental Court Cases: How Science and Law Meet. *Environment and Planning Law Journal, 25*, 385-409.

Nassereith, Jess (2018). China - Die Welt Des Xi Jinping. YouTube, 18 de diciembre de 2018, www. youtube.com/watch?v=ABbacXcp80I.

O'Donnell, Erin (2017). At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights of Nature in Uttarakhand, India. *Journal of Environmental Law, 30*, 135-144.

Preston, Brian (2008). Operating an Environmental Court: the Experience of the Land and Environment Court of New South Wales. *Environment and Planning Law Journal, 25*, 385-409.

Preston, Brian (2012). Benefits of Judicial Specialisation in Environmental Law: The Land and Environment Court of New South Wales as a Case Study. *Pace Environmental Law Review, 29*, 396-440.

Preston, Brian (2014). *Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals. Environmental Law Journal, 26*, 365-393.

Pring, George & Catherine Pring (2016a). *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*. Washington DC: World Resources Institute.

Pring, George & Catherine Pring (2016b). *Environmental Courts and Tribunals.* Ginebra: UNEP.

Rackemann, Michael (2016). Discurso en el 50 aniversario del *Planning and Environment Court*.

Reitz, John (1998). How to do comparative law. *American Journal of Comparative Law, 46*, 617-636.

Rengarajan, Sridhar (2018). National Green Tribunal of India. An Observation From Environmental Judgements. *Environmental Science & Pollution Research, 25*, 11313-11318.

Ryan, Patricia (1981). Environmental Court System. *University of South Wales Law Review, 4*(1), 11-27.

Shearing, Susan (2019). Raising the boardroom temperature? Climate change and shareholder activism in Australia. *Environment and Planning Law Journal, 29*(6), 396-440.

Stein, Paul (1996). The Role of the New South Wales Land and Environment Court in the Emergence of Public Interest Environmental Law. *Environment and Planning Law Journal, 13*, 479-497.

Subrin, Stephen & Margaret Y. K. Woo (2006). *Litigating in America: Civil Procedure in Context*. Blue Springs, MO: Aspen.

Tarr, Alan (2008). Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincal Constitutionalism. *Revue Quebecoise De Droit Constitutionnel, 2*, 174-193.

Tarr, Alan (2011). State Constitutional Design and State Constitutional Interpretation. *Montana Law Review, 72*, 7-26.

Tegner, Helle (2010). The Role of Courts in Environmental Law. Nordic Perspectives. *Journal of Court Innovation, 3*(1), 111-120.

Volker Oschmann (2011). Energy in Transition: A Comparative Analysis of the Australian and German Legal Frameworks for the Decarbonization of the Energy Sector in Response to Climate Change. Tesis de Maestría en Derecho. Universidad de Australia Occidental

Walton, Michael (2012). *An Evaluation of the Administrative Law Role of the Queensland Planning and Environment Court - Litigation, Mediation*

& Arbitration - Australia, www.mondaq.com/australia/x/191326/court procedure/An evaluation of the administrative law role of the Queensland Planning and Environment Court.

Wang, Alex L. & Jie Gao (2010). Environmental Courts and the Development of Environmental Public Interest Litigation in China. *Journal of Court Innovation, 3*(1), 37-50.

Wilder, Keith (2012). The 'Public Business' Conundrum. *Kölner Schrift Zum Wirtschaftsrecht, 3*(2), 232-235.

Williams, Robert Forrest (2009). *The Law of American State Constitutions*. Nueva York: Oxford University Press.

Wolgast, Anna; Kathie Stein & Timothy R. Epp (2010). United States' Environmental Adjudication Tribunal. *Journal of Court Innovation, 3*(1), 185-199.

Wright, Merideth (2010). The Vermont Environmental Court. *Journal of Court Innovation, 3*(1), 201-214.

Yee, Wai Hang (2014). Regulatory Compliance When the Rule of Law Is Weak: Evidence from China's Environmental Reform. *Journal of Public Administration Resources and Theory, 26*(1), 95-112.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz (1988). *Introduction to Comparative Law*. Trad. Tony Weir. 3ª ed. Bristol: Clarendon.

Capítulo 5. Disposiciones constitucionales

Ryan Kraski, Marek Prityi y Saskia Münster

Beru, Tsegaye & Kirk W. Junker (2018). A Constitutional Review and Customary Dispute Resolution by the People in the Ethiopian Legal System. *North Carolina Journal of International Law,* XLIII(1), 1-65.

Bogojević Sanja & Rosemary Gail Rayfuse (2018). *Environmental Rights in Europe and Beyond*. Oxford: Hart.

Boyd, David R. (2012). The Right to a Healthy Environment: Revitalizing Canadas Constitution. Vancouver: UBC Press.

Brennan, William (1977). State Constitutions and the Protection of Individual Rights. *Harvard Law Review, 90,* 489-504.

Fernandez, Jose (1993). State Constitutions, Environmental Rights Provisions, and the Doctrine of Self–Execution: A Political Question? *Harvard Environmental Law Review, 17*, 333-388.

Galizzi, Paolo (2005). From Stockholm to NewYork, via Rio and Johannesburg: Has the Environment Lost Its Way on the Global Agenda? *Fordham International Law Journal, 29*(5), 951-1008.

Garry, Patrick (2014). The Rising Role of State Constitutional Law: An Introduction to a Series of Articles on the South Dakota Constitution. *South Dakota Law Review, 59*, 4-13.

Ginsburg, Tom (2010). Subconstitutionalism. *Stanford Law Review, 62*, 1583-1594.

Haller, Walter y otros (2013). *Allgemeines Staatsrecht*. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos.

Hamilton, Alexander y otros (2009). Federalist Nº 45. *The Federalist Papers*. New Haven: Yale University Press.

Kloepfer, Michael (2016). *Umweltrecht*. Múnich: C. H. Beck.

Kotzé, Louis (2017). Somewhere Between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador. *Transnational Environmental Law*, *6*(3), 1-33.

Kristl, Kenneth (2016). It Only Hurts When I Use It: The Payne Test and Pennsylvania's Environmental Rights Amendment. *Environmental Law Report. News & Analsis, 46*, 10594-10607.

May, James R. & Erin Daly (2016). *Global Environmental Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Morlok, Martin & Lothar Michael (2021). *Staatsorganisationsrecht*. Baden-Baden: Nomos.

O'Donnell, Erin (2017). At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights of Nature in Uttarakhand, India. *Journal of Environmental Law, 30*, 135-144.

Tarr, Alan (2008). Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism. *Revue Quebecoise de Droit Constitutionnel, 2*, 174-193.

Tarr, Alan (2011). State Constitutional Design and State Constitutional Interpretation. *Montana Law Review, 72*, 7-26.

Williams, Robert Forrest (2009). *The Law of American State Constitutions*. Nueva York: Oxford University Press.

Capítulo 6. Interfases entre el derecho y la política
Tsegai Berhane Ghebreteckle y Marek Prityi

Amos, Robert (2017). Reassessing the Role of Plants in Society. *International J. Law Context, 13*(3), 295-315.

Baker, Susan y otros (1997). *The Politics of Sustainable Development: Theory, Policy and Practice within the European Union*. Londres: Routledge.

Bandyopadhyay, Jayanta (1999). Chipko Movement: Of Floated Myths and Flouted Realities. *Economic and Political Weekly, 34*(15), 880-882.

Blaive, Muriel (2018). The Czechs and Their Communism, Past and Present. *Institute of Humanities and Science.* https://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/vol-xvii/muriel-blaive/.

Boyle, Alan (2012). Human Rights and the Environment: Where Next? *European Journal of International Law, 23*(3), 613-642.

Burchell, Jon (2002). *The Evolution of Green Politics: Development and Change within European Green Parties*. Londres: Earthscan.

Cerar, Miro (2009). The Relationship Between Law and Politics. *Annual Survey of International & Comparative Law*, *15*(1), 19-41.

Chopra, Kanchan (2017). *Development and Environmental Policy in India the Last Few Decades*. Nueva York: Springer.

Curran, Vivian Grosswald (1998). Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law. *American Journal of Comparative Law, 46*(1), 43-92.

DiSalvo, Charles R. (2013). *M.K. Gandhi, Attorney at Law the Man before the Mahatma*. Berkeley: University of California Press.

Holmes, Oliver Wendell (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, *10*(457), 1-20.

Holmes, Oliver Wendell (2014). *The Common Law*. Nueva York: Dover.

Horvat, Vedran & Tomislav Tomašević (2011). Green Parties in Europe: Potential Routes of Future Development. *Croatian International Relations Review, 17*(64-65), 15-29.

Jaggi, Stephen (2018). Revolutionary Reform in German Constitutional Law. *Hastings International Comparative Law Review, 41*(3), 173-243.

Jain, Shobita (1984). Standing up for Trees: Women's Role in the Chipko Movement. *Unasylva, 36*, 12-20.

Jehlička, Peter y otros (2010). Czech Green Politics After Two Decades: The May 2010 General Election. *Environment & Politics,20*(3), 418-425.

Junker, Kirk W. (2014). A Focus on Comparison in Comparative Law. *Duquesne Law Review, 52*, 70-99.

Junker, Kirk W. (2016). *Legal Culture in the United States: An Introduction*. Nueva York: Routledge.

Katrlík, Radovan (2016). *Zákon o posudzovaní vplyvov na životné prostredie: Komentár*. Praga: Wolters Kluwer.

Kraft, Michael E. (2016). *Environmental Policy and Politics*. Nueva York: Pearson.

Lawrence, Jennifer (2016). Managing the Environment: Neoliberal Governmentality in the Anthropocene. En Pasi Heikkurinen, ed.,

Sustainability and Peaceful Coexistence for the Anthropocene. Nueva York: Routledge (e-Book).

Lele, Sharachandra (1997). Sustainable Development: A Critical Review. *World Development, 19*(6), 607-621.

Lindberg, Björn y otros (2008). Party Politics as Usual? The Role of Political Parties in EU Legislative Decision-Making. *Journal of European Public Policy, 15*(8), 1107-1126.

Luhmann, Niklas y otros (2009) *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.

Miller, Vaughne (2018). How Much Legislation Comes from Europe? House of Commons Briefing Papers. https://researchbriefings.parliament.uk/ Resear chBriefing/Summary/RP10-62.

Poonia, Malvika (2016). Reinvestigating the Chipko Movement of 1973. *International Journal of Environmental Sciences, 6*(5), 817-845.

Rangarajan, Mahesh (2006). Ideology, the Environment and Policy: Indira Gandhi. *India International Centre Quarterly, 33*(1), 50-64.

Rootes, Christopher (1999). Environmental Movements: From the Local to the Global. *Environmental Politics*, *8*(1), 1-12.

Schmidt, Alexander y otros (2014). *Die Verbandsklage im Umwelt- und Naturschutzrecht*. Munich: C.H. Beck.

Shackleton, Michael (2017). Transforming Representative Democracy in the EU? The Role of the European Parliament. *Journal of European Integration, 39*(2), 191-205.

Siems, Mathias (2014). *Comparative Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Shiva, Vandana & J. Bandyopadhyay (1986). The Evolution, Structure, and Impact of the Chipko Movement. *Mountain Research and Development, 6*(2), 133-142.

Stone, Christopher D. (1972). Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review*, *45*, 450-501.

Šuška, Pavel (2014). Politické a diskurzívne príležitosti lokálneho environmentálneho aktivizmu: prípad premien bratislavského ochranárstva. *Sociológia-Slovak Sociological Review, 46*, 60-87.

Van Zeben, Josephine (2014). Subsidiarity in European Environmental Law: A Competence Allocation Approach. *The Harvard Environmental Law Review, 38*(2), 415-464.

Vozár, Imrich (2015). Na Čo Sa v Zozname Úspechov Smeru Zabudlo. *Denník N*. https://dennikn.sk/163676/na-co-sa-v-zozname-uspechov-smeru-zabudlo/.

Whittington, Keith E. y otros (2009). *The Oxford Handbook of Law & Politics*. Londres: Oxford Handbooks Online.

Wielgohs, Jan & Detlef Pollack (2004). Comparative Perspectives on Dissent and Opposition to Communist Rule. En Detlef Pollack y Jan Wielgohs, eds., *Dissent and Opposition in Communist Eastern Europe*: *Origins of Civil Society and Democratic Transition*. Surrey, UK: Ashgate.

Zschiesche, Michael (2015). *Öffentlichkeitsbeteiligung im umweltrelevanten Zulassungsverfahren*. Berlín: BWV.

Capítulo 7. Participación pública

Mrinalini Shinde, Tsegai Berhane Ghebretekle y Kirk W. Junker

Abell, Charles S. (1995). Ignoring the Trees for the Forests: How the Citizen Suit Provision of the Clean Water Act Violates the Constitution's Separation of Powers Principle. *Virginia Law Review, 81*(7).

Coplan, Karl S. (2014). Citizen Litigants Citizen Regulators: Four Cases Where Citizen Suits Drove Development of Clean Water Law. *Colorado Natural Resources, Energy & Environmental Law Review, 25*, 61-124.

Dietlein, Johannes & Andreas Heusch (2020). *Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen*. Munich: C.H. Beck.

Duhigg, Charles (2009). Millions in U.S. Drink Contaminated Water, Records Show. *The New York Times*, 7 de diciembre de 2009. https://www.nytimes.com/2009/12/08/business/energy-environment/08water.html.

Dunn, Daniel J. (2003). Environmental Citizen Suits against Natural Resource Companies. *Natural Resources & Environment, 17*.

Elliott, E. Donald; Bruce A. Ackerman & John C. Millian (1985). Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law. *Journal of Law, Economics & Organization, 1*(2), 313-340.

Goldenberg, Suzanne & Helena Bengtsson (2016). Oil and Gas Industry Has Pumped Millions into Republican Campaigns. *The Guardian*, 3 de marzo de 2016. https://www.theguardian.com/us-news/2016/mar/03/oil-and-gas-industry-has-pumped-millions-into-republican-campaigns.

Haimerl, Amy & Abby Goodnough (2019). 6 More State Workers Charged In Flint Water Crisis. *New York Times*, 29 de julio de 2016. https://www.nytimes.com/2016/07/30/Us/Flint-Michigan-Water-Crisis.html.

Harvard Law Review (2016). The Clean Power Plan. *Harvard Law Review*, *129*.

Hecker, James M. (1994). The Citizen's Role in Environmental Enforcement: Private Attorney General, Private Citizen, or Both? *Natural Resources & Environment*, *8*(4), 31-34, 61-62.

Kellner, Martin (2009). Citizen Participation in Environmental Law Enforcement in Nicaragua: A Comparative Study of Nicaraguan, United States and German Environmental Law. *Law and Pollution in Africa, Asia and Latin America, 42,* 385-398.

Machado, Paulo Affonso Leme (2017). *Direito Ambiental Brasiliero*. São Paulo: Malheiros.

Malik, Darshan (2014). Heavy Metal Pollution of the Yamuna River: An Introspection. *International Journal of Current Microbiology Applied Science*, *3*, 856-863.

McKinney, Carie Goodman (1987). Statute of Limitation for Citizen Suits under the Clean Water Act. *Cornell Law Review, 72*, 195-217.

Misra, Anil Kumar (2010). A River about to Die: Yamuna. *Journal of Water Resource and Protection*, *2*(5), 489-500.

Oficina de Protección Ambiental de los EE.UU. (2004). *Understanding the Safe Drinking Water Act 1*. https://www.epa.gov/Sites/Production/Files/2015-4/Documents/Epa816f04030.Pdf.

Olson, Erik & Kristi Fedinick (2016). *What's in your water? Flint and Beyond*. NRDF. https://www.nrdc.org/sites/default/files/whats-in-your-water-flint-beyond-report.pdf

Parmar, Shobhika & Vir Singh (2015). Water Quality Parameters of River Yamuna in Delhi after 20 Years of the Yamuna Action Plan. *International Journal of Science and Nature, 6*, 662-669.

Prasad, P. M. (2004). Environmental Protection: The Role of Liability System in India. *Economy & Political Weekly, 39*(3)*,* 257-269.

Rehmet, Frank (2020). *Bürgerentscheidsbericht 2020*. https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2020-09-28_Buergerbegehrensbericht_Web.pdf.

Robinson, Gail J. (1987). Interpreting the Citizen Suit Provision of the Clean Water Act. *Case Western Reserve Law Review, 37*, 515-535.

Sato, Reed (2011). *Citizen Suit Enforcement Under the Federal Clean Water Act A Snapshot of the California Experience Based on Notices of Intent to Sue March 2009 through June 2010*. Los Angeles: California Water Board.

Schwartz, Richard E. & David P. Hackett (1984). Citizen Suits against Private Industry Under the Clean Water Act. *Natural Resources Lawyer, 17*(3), 327-372.

Shinde, Mrinalini (2018). Environmental Law of India. En Elizabeth Burleson, Lin-Heng Lye y Nicholas A. Robinson, eds., *Comparative Environmental Law and Regulation*. Toronto: Thomson Reuters.

Thompson, James L. (1987). Citizen Suits and Civil Penalties under the Clean Water Act. *Michigan Law Review, 85*(7), 1656-1680.

Timms, Gwynn Goodson (1992). Statutorily Awarding Attorneys' Fees in Environmental Nuisance Suits: Jump Starting the Public Watchdog. *Southern California Law Review, 65*(3).

Yang, Tseming (2002). Environmental Regulation, Tort Law and Environmental Justice: What Could Have Been. *Washburn Law Journal, 41*(3), 607-628.

Capítulo 8. Opciones económicas facilitadas por el derecho ambiental

Sacha Kathuria

Aggarwal, Vikram (2018). Can I Go Off-Grid With Solar Batteries in 2019? *Solar News*, 17 de diciembre de 2018. https://news.energysage.com/can-i-go-off-the-grid-with-solar-batteries/

Ahlen, Jay (2016). The Consumer-Centric Utility. *Fortnightly*. https://www.fortnightly.com/fortnightly/2016/07/consumer-centric-utility.

Beiler, Larry (s/f). *What Is Virtual Net Metering?* Paradise Energy Solutions. https://www.paradisesolarenergy.com/blog/what-is-virtual-net-metering#:~:text=Larry%20Beiler,from%20one%20meter%20to%20another

Bellini, Emiliano (2019). Another 3 GW on the Way for the Netherlands PV Market. *PV Magazine International*, 29 de abril de 2019. https://www.pv-magazine.com/2019/04/29/another-3-gw-on- the-way-for-the-netherlands-pv-market/

Boffey, Daniel (2021). Dutch Engineers Build World's Biggest Sun-Seeking Solar Farm. *The Guardian*, 21 de abril de 2019. https://www.theguardian.

com/world/2 019/apr/21/dutch-engineers-build-worlds-biggest-sun-seeking-solar-farm.

Campbell, Richard J. (2019). *Weather-Related Power Outages and Electric System Resiliency*. Congressional Research Service. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42696.

Caspary, Jay (2019). Electric Transmission 101: Markets, ISO/RTOs and Grid Planning/ Operations. *Environmental Energy Study Institute*. https://www.eesi.org/files/0709 13_Jay_Caspary.pdf.

Coddington, Michael; Rebecca O'Neil & Emma Stewart (2019). Distributed Energy Resources (DERs). https://em p.lbl.gov/sites/default/files/4._coddington_stewart_oneil_ders_updated.pdf.

Farrell, John (2014). *Minnesota's Value of Solar: Can a Northern State's New Solar Policy Defuse Distributed Generation Battles?* Institute for Local Self-Reliance. https://il sr.org/wp-content/uploads/2014/04/MN-Value-of-Solar-from-ILSR.pdf.

Flores-Espino, Francisco (2015). *Compensation for Distributed Solar: A Survey of Options to Preserve Stakeholder Value.* Reporte técnico del Laboratorio Nacional para Energías Renovables, EE.UU. https://www.nrel.gov/docs/fy15osti/62371.pdf.

Hamilton, Chris (2018). Coal Industry Still Contributes Big to West Virginia. *Montgomery Herald*, 13 de agosto de 2018. https://www.montgomery-herald.com/opinion/coal-industry-still-contributes-big-to-west-virginia/article_ed1804da-9eab-11e8-86a6-cb317335f5b4.html.

Hanna, Benjamin (2015). FERC Net Metering Decisions Keep States in the Dark. *Boston College Environmental Affairs Law Review, 42*(1), 133-161.

Hempling, Scott y otros (2010). *Renewable Energy Prices in State-Level Feed-In Tariffs: Federal Law Constraints and Possible Solutions*. National Renewable Energy Laboratory. https://www.nrel.gov/docs/fy10osti/47408.pdf.

Irfan, Umair (2019). Trump's EPA Just Replaced Obama's Signature Climate Policy with a Much Weaker Rule. *Vox*, 19 de junio de 2019. https://www.vox.com/2019/6/19/18684054/climate-change-clean-power-plan-repeal-affordable-emissions.

Johnson, Stephen (2019). For First Time, U.S. Renewable Energies Surpass Coal. *Big Think*, 4 de julio de 2019. https://bigthink.com/politics-current-affairs/renewables-coal?rebelltitem=1#rebelltitem1.

Jossi, Frank (2016). 'Value of Solar' Gains Another Foothold in Minnesota. *Energy News Network*, 22 de julio de 2016. https://midwestenergynews.com/2016/07/22/value-of-solar-gains-another-foothold-in-minnesota/

Kakissis, Joanna (2018). The Coal Dependent Netherlands Searches for Alternatives. *NPR*. https://www.npr.org/2018/01/01/574985944/the-coal-dependent-netherlands-searches-for alternatives.

King, Hobart (s/f). History of Energy Use in the United States. Geology.com. https://geology.com/articles/history-of-energy-use/.

Leslie, Jacques (2016). Opinion. Nevada's Solar Bait-and-Switch. *The New York Times*, 2 de febrero. https://www.nytimes.com/2016/02/01/opinion/nevadas-solar-bait-and-switch.html?_r=0.

Lieben, Ivan (2012). Making Renewable Energy FiT: A Feed-in-Tariff Certifying Body Could Accelerate Renewable Energy Deployment in the United States. *Natural Resources Journal, 52*(1), 157-193.

Martin, Jose Rojo (2019). Grid Bottlenecks Push Netherlands to Renewable Subsidy Restrictions. *PV Tech*, 3 de julio de 2019. https://www.pv-tech.org/news/grid-bottlenecks-push-netherlands-to-renewable-subsidy-restrictions.

Meijer, Bart H. (2019). *Dutch Citizens Demand End to Quake-Hit Groningen Gas Production*. Reuters, 17 de enero de 2019. https://www.reuters.com/article/us-netherlands-gas-court/dutch-citizens-demand-end-to-quake-hit-groningen-gas-production-idUSKCN1P B0TD.

Miller, Addison (2016). A New «Sunshine State»? Evaluating Minnesota's Value of Solar Methodology. *George Washington Journal of Energy and Environmental Law*, *7*(2), 177-188.

Ministerio de Asuntos Económicos y Clima de los Países Bajos (2009). Reporte de progreso en energía de fuentes renovables en los Países Bajos 2015-2016, Directiva 2009/28/EC, Comisión Europea.

Picchi, Aimee (2019). Trump Says Coal Is Back, but Use of the Rock at a 41-Year Low. *CBS News*, 11 de junio de 2019. https://www.cbsnews.com/news/trump-says-coal-is-back-coal-consumption-just-hit-a-41-year-low/

Richardson, Luke (2019). Virtual Net Metering: What Is It? How Does It Work?: EnergySage. *Solar News*, EnergySage, 3 de julio de 2019. https://news.energysage.com/virtual-net-metering-what-is-it-how-does-it-work/

Roberts, David (2017). The US Coal Industry Is Going out, not with a Whimper, but with a Burst of Rent-Seeking. *Vox*, 26 de Agosto de 2017. https://www.vox.com/energy-and-environment/20 17/8/25/16201218/us-coal-industry-handouts.

Rose, Kenneth & Karl Meeusen (2006). *Reference Manual and Procedures for Implementation of the 'PURPA Standards' In the Energy Policy Act of 2005*. Departamento de Energía de los Estados Unidos. https://energy.gov/sites/prod/files/Manual%20for%20Implementation%20of%20PURPA%20Standards%20in%20EPACT%202005%20(March%202006).pdf.

Taylor, Mike (2016). The Minnesota Solar Experiment. Value of Solar: Part III. *Renewable Energy World*, 20 de diciembre de. 2016. https://www.renewableenergyworld.com/articles/2016/12/the-minnesota-solar-experiment-value-of-solar-part-iii.html

Tomain, Joseph P. & Richard D. Cudahy (2011). *Energy Law in a Nutshell*. Berkeley, CA: West Academic.

Trabish, Herman K. (2014). A Rising Tension: 'Value-of-Solar' Tariff Versus Net Metering. Greentech Media, 10 de abril de 2014. https://www.

greentechmedia.com/articles/read/A-Rising-Tension-Within-the-Solar-Industry-Value-of-Solar-Versus-NEM

Trabish, Herman K. (2016). RIP FITs: As US Feed-in Tariffs Fade, Adopting Elements Could Spur Solar Growth. *Utility Dive*, 18 de julio de 2016. https://www.utilitydive.com/news/rip-fits-as-us-feed-in-tariffs-fade-adopting-elements-could-spur-solar-gr/422727/

Umberger, Allyson (2013). Distributed Generation: How Localized Energy Production Reduces Vulnerability to Outages and Environmental Damage in the Wake of Climate Change. *Golden Gate University Environmental Law Journal, 6*, 183-214.

Van de Graaff, W.J.; Lucia Van Geuns & Tim Boersma (2018). *The Termination of Groningen Gas Production.* Columbia SIPA Center for Global Energy Policy. https://energypolicy.columbia.edu/sites/default/files/pictures/CGEP_Groningen-Commentary_072518_0.pdf.

Verdonck, Rob (2016). *Europe's Biggest Natural Gas Producer Is Running Out of Fuel*. Bloomberg, 16 de setiembre de 2016. https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-16/europe-s-biggest-natural-gas-producer-is-running-out-of-fuel.

Warrick, Joby (2015). Utilities Wage Campaign against Rooftop Solar. *The Washington Post*, 7 de marzo de 2015. https://www.washingtonpost.com/national/health-science/utilities- sensing-threat-put-squeeze-on-booming-solar-roof-industry/2015/03/07/2d916f88-c1c9-11e4-ad5c-3b8ce89f1b89_story.html?utm_ter=.acbff2e6b129.

White, Alexander (2015). Compromise in Colorado: Solar Net Metering and the Case for 'Renewable Avoided Cost'. *University of Colorado Law Review*, 86, 1095-1140.

Wilming, Wilhelm (2013). SDE Replaces the Former Subsidy of Renewable Energies in the Netherlands. *Sun & Wind Energy*. https://www.sunwindenergy.com/news/sde-replaces-former-subsidy-renewable-energies-netherlands.

Capítulo 9. Sistemas de evaluación de impacto ambiental
Dennis Agelebe, Marek Prityi y Jorge Ignacio García Nielsen

Abaza, Hussein y otros (2004). *Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: towards an Integrated Approach*. Ginebra: UNEP.

Barker, A. & C. Jones (2013). A Critique of the Performance of EIA within the Offshore Oil and Gas Sector. *Environmental Impact Assessment Review*, *43*, 31-39.

Bremer, Nicolas (2017). Post-Environmental Impact Assessment Monitoring of Measuresor Activities with Significant Transboundary Impact: An Assessment of Customary International Law. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*, *26*(1), 80-90.

Caldwell, Lynton K. (1988). Environmental Impact Analysis (EIA): Origins, Evolution and Future Direction. *Impact Assessment*, *6*(3-4), 75-83.

Chanchitpricha, C. & A. Bond (2013). Conceptualising the Effectiveness of Impact Assessment Process. *Environmental Impact Assessment Review*, *43*, 65-72

Cherp, Aleh (2001). Environmental Assessment in Countries in Transition: Evolution in a Changing Context. *Journal of Environmental Management*, *62*(4), 357-374.

Craig, Paul P. & Gráinne de Buŕca (2011). *EU Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford, UK: OUP.

Eckard, Rehbinder (2007). Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente. En Klaus Hausmann & Dieter Sellner, eds., *Gründsätze des Umweltrechts*, 4ª ed. Berlín: Erich Schmidt.

Fellenberg, Frank (2015). Weiter Frischer Wind aus Luxemburg. Zu Den Klagemöglichkeiten Im Umweltrecht. *Neue Zeitschrift Für Verwaltungsrecht*, *34*, 1721-1726.

Frank Bold Society (2018). *Změny v zákoně o EIA od 1. ledna 2018* (Changes in EIA Law since 1 January 2018). Praga: FBS.

Genovesi, Piero & Clare Shine (2004). *European Strategy on Invasive Alien Species: Convention on the Conservation*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing.

Glasson, John y otros (2013). *Introduction to Environmental Impact Assessment: Principles and Procedures, Process, Practice, and Prospects*. Londres: Routledge.

Hayward, Tim (2012). *Constitutional Environmental Rights*. Oxford, UK: OUP.

IAIA – International Association for Impact Assessment (2009). What Is Impact Assessment? https://www.iaia.org/uploads/pdf/What_is_IA_web.pdf

Katrlík, Radovan (2016). *Zákon o posudzovaní vplyvov na životné prostredie: Komentár* (Environmental Impact Assessment Act: Commentary). Praga: Wolters Kluwer.

Kravchenko, Svitlana (2009). The Myth of Public Participation in a World of Poverty. *Tulane Environmental Law Journal, 23*, 33-55.

Ladan, Muhammed Tawfiq (2012). Review of NESREA Act 2007 and Regulations 2009–2011: A New Dawn in Environmental Compliance and Enforcement in Nigeria. *Law Environment & Development Journal, 8*(1), 116-140.

Marty, Michael (2009). Die Erweiterung des Rechtsschutzes in Umweltangelegenheiten. Anmerkungen Zum Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz. *Zeitschrift Für Umweltrecht*, *3*, 115-122.

Morgan, Richard K. (2012). Environmental Impact Assessment: The State of the Art. *Impact Assessment and Project Appraisal*, *30*(1), 5-14.

Morrison-Saunders, Angus & Thomas B. Fischer (2009). What Is Wrong With EIA and SEA Anyway? A Sceptic's Perspective on Sustainability Assessment. En William R. Sheate, ed., *Tools, Techniques and Approaches for Sustainability* (pp. 221-241). Londres: World Scientific.

Nwoko, Chris O. (2013). Evaluation of Environmental Impact Assessment System in Nigeria. *Greener Journal of Environmental Management and Public Safety*, *2*(1), 22-31.

Philipp-Gerlach, Ursula & Andreas Lukas (2014). Die UVP-Vorprüfung in Der Rechtsprechung Und Praxis. *Zeitschrift Für Umweltrecht*, *25*, 548-553.

Pünder, Hermann & Dirk Ehlers (2016). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlín: De Gruyter.

Quétier, Fabien & Sandra Lavorel (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, *144*(12), 2991-2999.

Runhaar, H. y otros (2013). Environmental Assessment in the Netherlands: Effectively Governing Environmental Protection? A Discourse Analysis. *Environmental Impact Assessment Review*, *39*, 13-25.

Sands, Philippe y otros (2018). *Principles of International Environmental Law*. Cambridge, UK: COU.

Shepherd, Anne & Christi Bowler (1997). Beyond the Requirements: Improving Public Participation in EIA. *Journal of Environmental Planning Management, 40*(6), 725-738.

UNECE – Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas (2014). *The Aarhus Convention: An Implementation Guide.* 2ª ed. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf

UNEP (1987). *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment. Preliminary Note*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.soas.ac.uk/cedep-demos/000_P514_IEL_K3736-Demo/treaties/media/1987%20UNEP%20Goals%20and%20Principles%20of%20Environmental%20Impact%20Assessment.pdf

Yang, Tseming & Robert V. Percival (2009). The Emergence of Global Environmental Law. *Ecology Law Quarterly*, *36*(3).

Capítulo 10. Delitos ambientales y aplicación de la ley
Mrinalini Shinde

Alexander, Cindy & Mark A. Cohen (1996). New Evidence on the Origins of Corporate Crime. *Managerial & Decision Economics, 17*, 421-435.

Almer, Christian Alexander (2009). «The Economics of Environmental Crime: Theoretical Aspects and Econometric Investigations». Conferencia Inaugural, Universidad de Heidelberg, enero de 2009.

Almer, Christian & Timo Goeschl (2010). Environmental Crime and Punishment: Empirical Evidence from the German Penal Code. *Land Economics, 86*(4), 707-726.

Arlen, Jennifer (1994). The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability. *Journal of Legal Studies, 33*, 833-867.

Arrigo, Bruce (2015). The Human Consequences of Ecological Violence and Corporate Victimization: Public Sector Psychology and Green Criminology. *International Journal of Offender Therapy & Comparative Criminology*, *59*(3), 227-229.

Barett, Kimberly L. (2017). Monetary Penalties and Noncompliance with Environmental Laws: A Mediation Analysis. *American Journal of Criminal Justice, 3*. doi:10.1007/ S12103-017-9428-0.

Belden, Roy S. (2011). *Clean Air Act*. Chicago: American Bar Association.

Bhuyan, Ragini (2015). *The gap in environmental crime statistics*. https://www.livemint.com/Opinion/aE8vmBDeBKOJCODKhBwctN/The-gap-in-environmental-crime-statistics.html.

Billiet, Carole M. & Sandra Rousseau (2014). How Real is the Threat Of Imprisonment For Environmental Crime? *European Journal of Law and Economics, 37*. DOI: 10.1007/s10657-011-9267-2

Brauer, M. y otros (2017). *PM2.5 air pollution, mean annual exposure (micrograms per cubic meter)*. Banco Mundial. https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.PM25.MC.M3

Brisman, Avi (2008). Crime-Environment Relationships and Environmental Justice. *Seattle Journal for Social Justice, 6*(2), 727-817.

Brisman, Avi (2013). The Violence of Silence: Some Reflections on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Matters Concerning the Environment. *Crime, Law & Social Change*, *59*(3), 291-303.

Cao, Anh Ngoc & Tanya Wyatt (2016). The Conceptual Compatibility between Green Criminology and Human Security: A Proposed Interdisciplinary Framework for Examinations into Green Victimisation. *Critical Criminology, 24*, 413-430.

Cassidy, Kevin M. (2009). The Role of Motive in White Collar Environmental Crimes. *Natural Resources & Environment, 23*(3), 37-40.

Cochran, Joshua C. y otros (2018). Court Sentencing Patterns for Environmental Crimes: Is There A «Green» Gap in Punishment? *Journal of Quantitative Criminology, 34*, DOI: 10.1007/s10940-016-9322-9.

Cohen, Mark (1992). Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statutes. *Crime, Law & Criminology*, *82*(4), 1054-1108.

Edwards, Sally (2016). *Environmental Crime and Criminality: Theoretical and Practical Issues*. Londres: Taylor & Francis.

Ghosh, Shibani (2015). Reforming the Liability Regime for Air Pollution in India. *Environmental Law & Practice Review, 4*, 3-19.

Harig, Lisa (1992). Ignorance Is Not Bliss: Responsible Corporate Officers Convicted of Environmental Crimes and the Federal Sentencing Guidelines. *Duke Law Journal*, *42*(1), 145-165.

Haugh, Todd (2015). Sox on Fish: A New Harm of Overcriminalization. *Northwestern University Law Review*, *109*(3), 835-846.

Holtfreter, Kristy (2008). Public Perceptions of White-Collar Crime and Punishment. *Journal of Criminal Justice*, *36*, 50-60.

Huisman, Wim (2017). Offender Decision Making in Corporate and White-Collar Crime. *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*. Oxford: OUP.

Jarrell, Melissa L. & Joshua Ozymy (2014). Few and Far Between: Understanding the Role of the Victim in Federal Environmental Crime Prosecutions in the United States. *Crime Law & Social Change, 61*(5). DOI: 10.1007/s10611-014-9514-x

Kodiveri, Arpitha (2017). *Conflicting Laws Are Criminalising Forest Communities for Exercising Their Rights*. https://thewire.in/environment/conflicting-laws-criminalising-forest-communities-for-exercising-their-rights.

Lazarus, Richard J. (2001). The Greening of America and the Graying of United States Environmental Law: Reflections on Environmental Law's First Tree Decades in the United States. *Virginia Environmental Law Journal, 20*, 75-106.

Luna, Erik (2009). The Curious Case of Corporate Criminality. *American Criminal Law Review*, *46*, 1507-1522.

Lynch, Michael y otros (2016). The Weak Probability of Punishment for Environmental Offenses and Deterrence of Environmental Offenders: A Discussion Based on USEPA Criminal Cases, 1983-2013. *Deviant Behavior, 37*. doi:10.1080/01639625.2016.1161455.

Martin, Ana M. y otros (2013). The Relationship between Moral Judgments and Causal Explanations of Everyday Environmental Crimes. *Social Justice Research, 26*(3), 320-342 .

McClanahan, Bill (2014). Green and Grey: Water Justice, Criminalization and Resistance. *Critical Criminology*, *22*(3), 403-418.

McKie, Ruth E. y otros (2015). Carbon Crime in the Voluntary Market: An Exploration of Modernization Themes Among a Sample of Criminal and Non-Criminal Organizations. *Critical Criminology*, *23*(4), 473-486.

Mullikin, Nancy (2010). Holding the Responsible Corporate Officer Responsible: Addressing the Need for Expansion of Criminal Liability for Corporate Environmental Violators. *Golden Gate University Environmental Law Journal, 3*(2), 395-426.

Ruggiero, Vincenzo & Nigel South (2013). Green Criminology and Crimes of the Economy: Theory, Researc and Praxis. *Critical Criminology, 21*, 359-373.

Russell, Steve & Michael J. Gilbert (1999). Truman's Revenge: Social Control and Corporate Crime. *Crime, Law and Social Change*, *32*, 59-82.

Sahramäki, Iina y otros (2015). Prevention of Environmental Crime through Enforcement - Finland and Sweden Compared. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, 16*. DOI: 10.1080/14043858.2014.1000649

Sahu, Geetanjoy (2018). *Off the mark: National Crime Records Bureau data gives a misleading picture of environmental crime*. https://scroll.in/article/863087/off-the-mark-national-crime-records-bureau-data-gives-a-misleading-picture-of-environmental-crime.

Sina, Stephan (2015). Fighting Environmental Crime in Germany: A Country Report. Study in the Framework of the EFFACE Research Project 9. https://efface.eu/fighting-environmental-crime-Germany-Country-Report.

Uhlmann, David M. (2009). Environmental Crime Comes of Age: The Evolution of Criminal Enforcement in the Environmental Regulatory Scheme. *Utah Law Review, 4*, 1223-1252.

Uhlmann, David M. (2014). Prosecutorial Discretion and Environmental Crime. *Harvard Environmental Law Review, 38*, 159-216.

Vito, Gennaro F. & Jeffrey R. Maahs (2007). *Criminology: Theory, Research, and Policy*. Burlington, MA: Jones & Bartlett Learning.

Walters, Reece (2010). Toxic Atmospheres Air Pollution, Trade and the Politics of Regulation. *Critical Criminology*, *18*, 307-323.

Walters, Reece & Diane Solomon Westerhuis (2013). Green Crime and the Role of Environmental Courts. *Crime, Law & Social Change 59*(3), 279-290.

White, Rob (2010). Prosecution and Sentencing in Relation to Environmental Crime: Recent Socio-Legal Developments. *Crime, Law & Social Change*, *53*, 365-381.

White, Rob (2015). Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide. *Critical Criminology*, *23*(4), DOI:10.1007/s10612-015-9292-5.

White, Rob (2016). The Four Ways of Eco-Global Criminology. *International Journal for Crime, Justice & Social Democracy*, *6*(1), 8-22.

Wolff, Rafael (2018). «Environmental Crimes and Imprisonment: Does Prison Work to Prevent and Punish Environmental Criminals?» Tesis de Derecho, Universidad de Pace. https://digitalcommons.pace.edu/lawdissertations/19/

Wright, Glen (2011). Conceptualising and Combating Transnational Environmental Crime. *Trends in Organized Crime*, *14*, 332-346.

Índice alfabético

A

acceso a la justicia 110, 211, 231, 236, 256, 258, 259, 322, 323, 325, 329, 330, 333, 336, 337, 373

accesus ad auctores 66

acción popular 107

Acta Única Europea 77

adjudicación 98, 172, 265, 396

Agencia Federal de Protección Ambiental de Etiopía 261

Agencia Federal de Protección Ambiental de Nigeria 343, 344

Agencia Federal de Protección Ambiental (FEPA) 13, 380

agua 9, 17, 92, 96, 105, 114, 116, 120, 125, 128, 133, 136, 149, 151, 160, 188, 202, 207, 222, 226, 243, 244, 253, 255, 256, 257, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 277, 281, 297, 347, 382, 389, 395, 399, 402, 416, 424

Alemania 18, 23, 41, 45, 105, 106, 107, 112, 115, 118, 127, 136, 138, 139, 146, 169, 204, 212, 215, 217, 218, 232, 233, 235, 238, 253, 264, 272, 278, 279, 286, 318, 323, 334, 335, 336, 338, 374, 378, 379, 393, 395, 405, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 419, 420, 422, 423, 424

Alemania Occidental 234, 235

Alemania Oriental 232, 234, 235

aranceles 307

área ambientalmente sensible 347

Aristóteles 37, 50, 199

Arminjon, Pierre 72, 428
Asociación Americana de Abogados 57
Asociación de Profesionales por el Pueblo 261
Asociación Internacional para la Evaluación de Impactos 319
Australia 18, 39, 139, 141, 143, 147, 152, 153, 155, 157, 158, 159, 162, 171, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 379, 419, 437, 438, 441, 442
Austria 106, 323

B

Barroso, José Manuel 46
Bélgica 216, 286, 384
Berman, Harold 38, 39, 64, 425, 428
Bhatt, Chandi Prasad 212, 242
Bolivia 206, 209
Brasil 13, 18, 23, 106, 107, 108, 113, 139, 143, 144, 157, 171, 173, 174, 175, 176, 203, 212, 384, 422
Bundesgerichtshof (BGH) 13, 406, 407
Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán) 79, 127, 129

C

calidad del agua 257, 270, 277
calidad del aire 58, 96, 114, 125, 212, 298, 379, 394, 397, 401, 407, 408, 410, 411, 412
California 94, 126, 145, 169, 271, 297, 298, 299, 300, 306, 308, 425, 445, 447, 449, 450
Cambio Climático 131, 142, 152, 186, 188, 205, 260, 342, 423
Canadá 145, 203, 215, 302, 374
Chile 18, 23, 39, 136, 139, 146, 148, 149, 151, 157, 169, 173, 175, 176, 203, 357, 358, 360, 362, 366, 369, 371, 372, 373, 422
China 18, 23, 106, 108, 109, 110, 111, 114, 139, 157, 159, 160, 161, 176, 216, 226, 254, 423, 424, 433, 434, 435, 436, 437, 439, 440, 442
Chipko, movimiento 242, 243, 244, 245, 246, 444, 445, 446
clase media 240, 247
Cláusula de Comercio 214, 221
Código Forestal 144
Colombia 203, 212
Comisión de Medio Ambiente, Bosques y Cambio Climático 142
Comisión Europea 46, 239, 289, 290, 291, 293, 294, 323, 324, 327, 407, 411, 453
Comisión Federal de Regulación de Energía (CFRE) 13, 302, 304

comparación de tipo I 257
comparación de tipo II 322, 341
comparativismo 26, 40, 63, 67, 69, 74, 78, 86, 141
Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) 340
Consejo de Defensa 170, 220, 267, 268, 270
Consejo de Defensa de los Recursos Naturales 270
conservación de la naturaleza 388
Constitución alemana 212
Constitución de los Estados Unidos 182, 213, 218, 219, 220
Constitución de Pensilvania 222, 224
contratos 51, 79, 98, 165, 307, 423
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 342
Convenio de Aarhus 322, 323, 325, 328, 329, 335, 373
Convenio de Espoo 322, 323, 326, 342
convenios internacionales 341
Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas 50
Corte Constitucional Federal de Alemania 137
Corte de Apelaciones 121, 368
Corte de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur 173, 178, 384
Corte Federal 141, 143, 261, 262
corte federal de apelación 144, 269
corte penal 402
cortes ambientales 18, 142, 143, 146, 149, 151, 155, 156, 159, 160, 162, 165, 170, 175, 194, 368
cortes de jurisdicción general 141, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 167, 171, 176, 191
cortes supremas estatales 142, 144
Corte Superior de Australia 147
Corte Superior de Justicia de Brasil 143
Corte Superior de Justicia del Brasil (CSJB) 13, 143, 144, 145, 174
Corte Superior de Vermont 146
Corte Suprema 36, 45, 62, 94, 96, 141, 143, 144, 146, 159, 162, 164, 165, 170, 174, 208, 209, 216, 220, 229, 237, 254, 255, 257, 262, 268, 271, 333, 368
Corte Suprema de Brasil 143
Cortina de Hierro 232, 237, 238, 247
Costa Rica 203, 212, 437
costumbres 63, 83, 110, 229
Cowell, John 64

criminalización 393, 394, 397, 412, 421
cultura legal 65, 85
Curran, Vivian 83, 84, 85, 229, 247, 429, 431, 445

D

David, René 72
Declaración de Estocolmo 242
declaración de impacto ambiental (DIA) 13, 317, 318, 319, 321, 351, 358, 359, 360, 364, 366, 367, 368, 369
Declaración de Río 340, 341
deforestación 144, 390
delitos corporativos 382, 384, 392, 393
demanda ciudadana 161, 214, 252, 253, 265, 266, 270, 271
democracia 72, 199, 202, 213, 233, 235, 272, 274, 324, 375, 379
derecho administrativo 99, 104, 106, 107, 111, 115, 133, 140, 143, 154, 156, 166, 175, 180, 182, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 334, 336
derecho civil 59, 60, 63, 69, 75, 79, 89, 91, 92, 98, 103, 104, 105, 111, 118, 133, 135, 152, 169, 200, 252, 379, 385
derecho comparado 18, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 33, 36, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 60, 61, 63, 64, 65, 67, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 91, 92, 134, 167, 199, 227, 229, 317, 339, 415, 416, 424
derecho consitucional 199
derecho constitucional 54, 76, 94, 96, 116, 136, 146, 157, 164, 215
derecho consuetudinario 69, 252
derecho penal 69, 76, 90, 99, 377, 378, 382, 385, 389, 395, 403, 404, 406, 412
desarrollo sostenible 97, 150, 152, 159, 163, 207, 241, 279, 341, 371, 419
Directiva de Energías Renovables 288

E

ecofeminismo 244
Ecuador 209, 211, 439, 443
EIA. *Véase* Evaluación de impacto ambiental (EIA)
enciclopedismo 27, 67, 70, 71, 73, 74, 415
energía solar 289, 291, 292, 295, 298, 300, 301, 303, 304, 305, 308, 309, 311
equidad intergeneracional 93, 143, 152, 178, 193
España 216, 226, 343

Estados Unidos 15, 18, 23, 36, 45, 53, 57, 62, 69, 73, 77, 78, 84, 91, 93, 95, 96, 98, 101, 104, 105, 106, 107, 109, 111, 114, 118, 121, 129, 137, 139, 145, 148, 153, 166, 167, 169, 176, 180, 182, 183, 184, 186, 187, 189, 191, 193, 195, 201, 203, 204, 208, 213, 215, 218, 219, 221, 222, 224, 226, 229, 232, 252, 253, 254, 257, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 276, 281, 284, 285, 286, 287, 295, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 353, 378, 379, 380, 384, 385, 390, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 408, 409, 410, 411, 412, 415, 420, 421, 423, 424, 453
estándares ambientales 261, 277
estándares de cartera renovable 299
estándares de energía renovable 299
ética 176, 419
Etiopía 13, 18, 23, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 176, 185, 186, 241, 252, 258, 259, 260, 261, 277, 278, 279, 281, 419
etnocentrismo 78, 79
Europa Central 106, 234, 237, 238, 240, 247, 326
Europa Occidental 237, 238, 240, 247
Europa Oriental 237
evaluación de impacto ambiental (EIA) 13, 143, 285, 286, 287, 296, 297, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 347, 348, 349, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 366, 367, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 455, 456, 457
Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) 351

F

federalismo 69, 145, 183, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 226, 265, 267, 299, 302
Filipinas 203
Fiscalía 108, 112, 149
formalismo 41, 67, 70, 71, 74, 415
Francia 23, 203, 226, 343
Frankenberg, Günther 43
Frank, Will 15, 128, 129, 130, 330, 430, 432, 449, 452, 455, 456
fuentes renovables 289, 290, 291, 293, 294, 299, 313, 453
Fulbecke. William 64

G

Gandhi 241, 243, 445, 446
Glendon, Mary Ann 36, 37, 44, 62, 63, 426
Grecia 56, 212
Groningen 285, 286, 291, 452, 454
Großfeld, Bernhard 23, 41, 55, 62, 74, 79, 80, 81, 82, 83, 426, 429
Grundgesetz (Constitución Alemana) 13, 136, 137, 202, 233
guerra fría 43, 46
Guías y Estándares Ambientales para la Industria Petrolera de Nigeria 356

H

Hawái 96, 224
Heidegger, Martin 36, 67, 426
Heisenberg, Werner 46, 82, 426, 429
hermenéutica 51, 52
Himachal Pradesh 242, 243, 403
Himalaya 243
Holmes, Oliver Wendell 45, 229, 426, 445
Huaraz 126, 129, 130
Hungría 235

I

Illinois 94, 222, 224
India 14, 18, 23, 34, 35, 56, 63, 71, 95, 116, 132, 139, 157, 161, 162, 164, 171, 172, 173, 174, 177, 206, 209, 211, 212, 216, 228, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 252, 253, 254, 255, 257, 259, 276, 277, 278, 280, 281, 378, 379, 385, 393, 394, 395, 400, 402, 403, 405, 408, 409, 410, 411, 412, 420, 423, 427, 430, 437, 439, 440, 441, 444, 445, 446, 449, 450, 459
industrialización 32, 125, 144, 231, 318, 416
inmersión 67, 70, 83, 85, 229
interés público 15, 106, 107, 109, 112, 113, 148, 159, 172, 232, 236, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 261, 262, 270, 276, 278, 280, 281, 307, 387, 423
Italia 23, 206, 215, 216, 226

J

Junta de Apelaciones Ambientales 166, 167, 187
jurisdicción 71, 117, 119, 128, 136, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 170, 171, 173, 176, 178, 180, 183,

184, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 196, 204, 214, 254, 284, 393, 394

K

Kivalina 118, 119, 120, 121, 124, 129
Koschaker, Paul 63
Kötz, Hein 36, 42, 43, 44, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 83, 106, 139, 140, 145, 157, 430, 442

L

Lambarde, William 64
Lambert, Edouard 42
Legrand, Pierre 61
Lepaulle, Pierre 46, 47, 77, 84, 429
Ley de Agua Limpia 14, 183, 214, 266, 383, 397
Ley de Agua Potable Segura 14, 214, 265, 266, 268
Ley de Aguas 256, 271, 424
Ley de Aire Limpio 95, 121, 183, 214, 268, 298, 394, 396, 399
Ley de Apelaciones Ambientales 335, 336, 337, 338
Ley de Arroyos Limpios 224
ley de Conservación y recuperación de recursos 181
ley de construcción y planificación 115
ley de control de la contaminación del agua 269
Ley de Control de la Contaminación del Aire 224
Ley de Corrientes Limpias de Pensilvania 267
ley de daños 132
ley de derecho público 254
ley de Electricidad (E-Act) 287
Ley de Eliminación de Desperdicios Sólidos 271
Ley de Especies en Peligro de Extinción 95, 214
Ley de Gestión de Residuos Sólidos 224
Ley de la Corte de Medio Ambiente y Tierras de 2011 de Kenia 174
ley de obligaciones privadas 99
Ley de Ordenación del Territorio 115
Ley de Política Ambiental Nacional 318
Ley de Procedimiento Civil 109
Ley de Procedimientos Administrativos 263, 336
Ley de Protección del Medio Ambiente 108, 109, 160
Ley de Pruebas de la India 162
Ley de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambiental Integral 166
ley de seguros 52
licencias 112, 116, 188, 192, 283, 288, 358, 424

Locus standi 148

M

Mansel, Heinz-Peter 28, 55, 285
Massachusetts 224
McLuhan, Marshall 66, 417
mercado occidental 235
Merryman, John Henry 40, 41, 44, 65
México 35, 56, 303
Milieukwaliteit van de Elektriciteitsproductie 289
Ministerio Público 113, 149
Minnesota 301, 308, 309, 310, 313, 315, 451, 452, 453
Mississippi 306
molestias privadas 117
molestias públicas 117, 121, 126
Montana 224, 441, 444
movimiento verde 238
Multas 382

N

Naciones Unidas 13, 14, 47, 124, 131, 152, 205, 323, 326, 340, 342, 356, 400, 423, 457
negligencia 100, 112, 123, 131, 185, 392, 397
Nigeria 13, 18, 23, 39, 216, 343, 344, 351, 352, 353, 354, 356, 371, 374, 419, 456, 457
Norte global 230, 247
Noruega 194, 212, 286
Nueva Zelanda 162, 177

O

ONG 14, 237, 241, 245, 274, 328, 329, 331, 335, 337, 339, 375
Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) 53
Organizaciones No Gubernamentales. *Véase* ONG

P

Países Bajos 118, 124, 130, 195, 212, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 312, 313, 314, 315, 453
Parlamento Europeo 50, 128, 235, 238, 239, 240
participación ciudadana 203, 253, 272, 276
partidos políticos 230, 236, 239, 247
Partido Verde 230, 234, 235, 238, 240
Paz, Octavio 34, 35, 56, 63, 430
Penalidades 382
Pensilvania 15, 166, 184, 222, 223, 224, 225, 265, 267, 421
petróleo 114, 121, 296, 298, 343, 370, 392, 421
Pezinok 237
Plan de Energía Limpia 298, 299

política ambiental 18, 152, 192, 242, 278, 341
Portugal 203, 212
praesumptio similitudinis 74, 106
presa de Tehri 243
Principio de quien contamina paga 150, 153, 163, 178, 179, 341, 383
principio precautorio 163, 178, 318, 319
Proclama de Control de la Contaminación Ambiental 142, 150
producción de energía sostenible 289, 290, 291, 292, 293
proyectos verdes 289, 293
pueblos indígenas 65, 96, 252, 389

R

Recursos Petrolíferos 343, 352, 356
red eléctrica 283, 284, 286, 291, 301, 303, 308, 312
Reimann, Mathias 41, 42, 43, 44, 51, 61, 65, 77, 78, 85, 86, 415, 429, 430, 438
Reino Unido 23, 71, 179, 204, 264, 280, 286, 379, 420
República Checa 235, 238, 323, 327, 328, 330, 333, 419
República Democrática Alemana 232, 235
República Democrática Federal de Etiopía (CRDFE) 13, 136, 137, 142, 146, 147, 152, 186, 258, 259, 261
República Eslovaca 323, 327, 328, 333, 423
República Federal de Alemania 235
responsabilidad civil 98, 99, 100, 101, 102, 103, 117, 121, 131
Revolución de Terciopelo 237, 327
Rheinstein, Max 44
Rhode Island 224
Ridley, Thomas Sir 64

S

satyagraha 241
Schlesinger, Rudolph 44
sentencia 122, 123, 124, 125, 128, 129, 137, 168, 212, 256, 259, 260, 262, 271, 277, 338, 351, 381
sistema solar fotovoltaico 295
sociedad civil 157, 167, 172, 233, 236, 270, 282, 294, 355
Staatszielbestimmungen 202, 224
Sudáfrica 201, 203
Suecia 139, 194, 212
Suiza 212, 216, 219, 226
Sunderlal Bahuguna 243
suo moto 254

T

Tailandia 212

tecnología 25, 34, 151, 290, 304, 393, 417
teoría del conflicto 386, 403
tertium comparationis 134
Texas 145
traduccionismo 83
transfronterizo 126, 287, 322, 342, 420
transnacionalismo 67, 70
Tratado de Lisboa 77, 217, 239
Tratado de Maastricht 77
tribunales ambientales 18, 142, 143, 144, 154, 156, 157, 166, 170, 171, 173, 176, 177, 179, 180, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 373
Tribunal Nacional Verde 14, 71, 161, 162, 164, 172, 174, 177, 277, 423
Turquía 23

U

Umwelthaftungsgesetz (Ley de Responsabilidad Ambiental) 128
Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 334, 336
Unión Americana de Libertades Civiles 270
Unión Europea 14, 40, 61, 123, 124, 128, 216, 237, 238, 239, 247, 285, 317, 322, 330, 332, 341, 407, 421, 424
Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza 375
Urgenda, Fundación 122, 123, 124, 125, 130, 195, 286, 431, 434
Uttarancha 243

V

Valle del Silencio 245

W

Wolff, Martin 72

Z

Zweigert, Konrad 36, 42, 43, 44, 70, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 83, 106, 139, 140, 145, 157, 427, 430, 442

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléfonos: 424-8104 / 424-3411
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
febrero 2023, Lima - Perú

Este libro es una comparación práctica y funcional entre instituciones, herramientas, prácticas y normas ambientales a través de distintas culturas legales.

Se trata de un nuevo enfoque que se centra en la comparación de las prácticas legales «desde abajo», incluyendo las perspectivas ciudadanas. La mayor parte de la literatura sobre el tema se enfoca en comparaciones entre jurisdicciones estatales o en la yuxtaposición de rasgos ambientales de dos o más países sin mayor análisis comparativo. Sin embargo, este libro se organiza de modo tal que el lector se enfrenta a temas legales ambientales a través de ejemplos y estudios de casos de diversas culturas que son comparadas para ayudar a entender la materia. Los casos se basan en las experiencias de los autores en Australia, Brasil, China, Chile, Etiopía, Alemania, India, Nigeria, Eslovaquia y los Estados Unidos.

La naturaleza comparativa del libro permite que los profesionales en cada país desarrollen habilidades que les permitan entender y ofrecer contextos más amplios, y a los estudiantes a tomar conciencia de los sistemas específicos y su funcionamiento en relación con su propio sistema legal.

FONDO EDITORIAL PUCP

ISBN: 978-612-317-822-2