

Antología Judicial Ambiental 2017-2020

María Cristina HERNÁNDEZ CALZADA¹

“Antología Judicial Ambiental 2017-2020” es una obra imperdible coordinada por Alejandra Rabasa y Claudia S. de Mint, a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de la Nación y en colaboración con el Instituto Judicial Mundial del Ambiente y el Instituto Interamericano de Justicia y Sostenibilidad.

En su primera edición, cuenta con la participación de Jorge Aranda Ortega (Chile), Antonio Herman Benjamin (Brasil), Nicholas Bryner (EUA), Néstor Cafferatta (Argentina), Silvia Capelli (Brasil), Robert Carnwath (Reino Unido), Claudia S. de Windt (México), Valentina Durán Medina (Chile), Michael Hantke Domas (Reino Unido), David Hunter (EUA), Ricardo Lorenzetti (Argentina), Sergio Muñoz (Chile), Marcos Orellana (Chile), Brian Preston (Australia), Alejandra Rabasa Salinas (México), Luis Armando Tolosa Villabona (Colombia), Damaris Vargas Vázquez (Costa Rica) y Christina Voight (Noruega), todos expertos y académicos del ámbito jurídico ambiental quienes aportan sus valiosas opiniones sobre los emblemáticos casos y sentencias que son expuestos a lo largo de sus páginas.

La obra está dividida en seis capítulos: (i) *Una mirada con lupa a la jurisprudencia de Brasil*; (ii) *Desarrollo Jurisprudencial de la evaluación en materia de impacto ambiental y los principios in dubio pronatura e in duino pro aqua en el derecho comparado*; (iii) *Desarrollos jurisprudenciales en relación con las actividades económicas y el impacto de la contaminación en la salud y el medio ambiente*; (iv) *Desarrollos jurisprudenciales sobre agricultura, seguridad alimentaria, biodiversidad y derechos humanos relacionados con la gestión y eliminación ecológicamente racional de las sustancias y los desechos peligrosos en el derecho comparado*; cuatro capítulos que contienen sentencias emblemáticas y análisis de opinión hechos por los valiosos personajes ya antes mencionados; para luego pasar al capítulo (v) *Ensayos y opiniones sobre temas emergentes en la justicia ambiental y climática* que incluye temas de relevancia en materia de justicia ambiental en temas climáticos

¹ Abogada Socioambiental por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados y Maestra en Política Energética y Medioambiental por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Socia de V & A Ambiental y Social, S. C., en la Ciudad de México, México. Miembro de Women’s Energy Network. Correo electrónico: chernandez@valegal.com.mx

Comentario recibido el 30.09.2021 y aprobado para publicación el 14.10.2021.

y culmina con un adecuado cierre en el capítulo (vi) *Conclusiones* que, además de resumir en breves líneas el amplio contenido de la antología, resalta, entre otros, la gran aportación de los poderes judiciales al desarrollo de la jurisprudencia ambiental a nivel internacional y la relevancia de la debida aplicación de los nuevos principios de interpretación como son los de no regresión, *in dubio pro natura* o *in dubio pro aqua* en aras de alcanzar la anhelada justicia ambiental.

A continuación, destacaré los temas más importantes que, a mi consideración, fueron abordados en cada capítulo.

En el capítulo I, esta obra nos transporta en la realidad jurídico ambiental en Brasil, debido a que proporciona una descripción detallada de su sistema judicial, así como de algunos escenarios ambientales de relevancia materia de los casos comentados y se exaltan los siguientes tópicos: la relación del derecho ambiental y los derechos económicos y sociales; que el derecho a la vivienda no implica el sacrificio del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado; que el derecho a la vivienda prevé tanto la función social como ecológica de la propiedad; que el combate al déficit habitacional no se supera con la degradación ecológica de los ecosistemas y los servicios ambientales; que en materia ambiental la teoría del hecho consumado no puede utilizarse para tratar de borrar hechos ilícitos; se hace la consideración de inmoral la admisión de que un derecho adquirido puede invocarse para transgredir la protección ambiental y, al contrario, se resalta el hecho de que el daño ambiental causa perjuicio a las generaciones presentes y futuras y se enaltece que el sistema jurídico brasileño se funda en el principio de preservación de integridad climática.

Antonio Herman resalta que “el reto intelectual frente a nosotros es investigar el papel de los jueces en la protección de las bases de la vida misma, el interés judicial con el a priori, con los sistemas naturales del planeta que preceden y mantienen nuestra existencia diaria” y expone un tema que está en boga en todas las materias: el rol de los jueces. Aquí, enfocado a un juez espectador, un “no-actor” como lo denomina, institucional o periférico en las respuestas a la crisis ambiental, explicándolo como el enfoque ambiental *laissez-faire*, en el cual la ley y los jueces aún se ven como herramientas del Estado, utilizadas principalmente para la protección de la propiedad y la aplicación de las leyes sobre la propiedad, los contratos y las relaciones de familia; y, en contraposición, el juez “protagonista” al que Herman atribuye su origen a la Conferencia de Estocolmo de 1972 y el enverdecimiento de las Constituciones por la inclusión del reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, limpio, seguro, etc., remarcando el reconocimiento de la función ecológica de la propiedad. También, resalta la misión del juez de asegurar un debido proceso ambiental como lo es el revisar que las manifestaciones de impacto ambiental estén completas y que se respeten las decisiones en

el marco de las consultas públicas. Herman además menciona el principio de no regresión, exponiéndolo como un principio emergente del derecho ambiental.

Por su parte, Jorge Aranda Ortega se destaca por su abordaje en el tema de la función ecológica de la propiedad, poniéndola como el principal fundamento de la jurisprudencia de principios de derecho ambiental, desarrollada por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil, enfatizando que la interpretación de las normas jurídicas ambientales debe tomar en cuenta la solidaridad intergeneracional propia del desarrollo sustentable, teniendo presente a las generaciones futuras, y bajo este mismo tenor también analiza la contaminación que, como en muchos países, puede ser lícita siempre y cuando se cuente con la autorización correspondiente, pero destacando que debe considerarse el interés difuso latente que incide en esa solidaridad intergeneracional. En adición, cuando aborda el daño ambiental destaca la consagración del principio de reparación integral del mismo como materialización del mandato constitucional en Brasil y su relación con el “principio contaminador pagador” y la derivación en el deber de reparar *in natura* mediante una obligación de hacer.

En relación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tema de gran importancia para la suscrita, Aranda Ortega señala que la jurisprudencia ha determinado que no puede reemplazar a la administración en la toma de decisiones de gestión ambiental y que el límite de la revisión es el respeto por el mérito técnico de la administración en la aprobación ambiental de proyectos y, en sentido opuesto, en los casos que el tribunal desarrolla una opinión, debe ceñirse a las pruebas presentadas en juicio, y no sustituir en caso alguno el mérito técnico de la administración. Igualmente, advierte que los actos administrativos de licenciamiento gozan de juridicidad, y es que constituyen un microordenamiento jurídico de carácter técnico, al que deben apegarse los titulares de proyecto en la ejecución de la actividad que pretenden, no pudiendo contravenir su autorización, situación que en México sucede y está regulada de la misma manera. Así también, reitera que no hay derechos adquiridos a contaminar, ni bajo autorización ni por la práctica, por lo que éstos son revocables.

Por su parte, el capítulo II de esta antología fue, en lo personal, muy enriquecedor por lo que hace al tema del mismo, el desarrollo jurisprudencial de la evaluación de impacto ambiental (EIA) y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* en el derecho comparado. Así, se exponen dos sentencias en casos análogos dictadas por las Cortes Supremas de la Nación Argentina y del Reino Unido, pero con resultados diferentes, y en ambos casos los tribunales analizaron la aplicación efectiva de la evaluación de impacto ambiental y el desarrollo de proyectos, así como las obligaciones para la prevención de riesgos y la reparación de daños al ambiente durante dichas evaluaciones. Entre los criterios de la Corte Suprema de Argentina se resalta que cuando se trata de la protección de una cuenca hídrica debe valorarse la

aplicación del principio precautorio y los principios *in dubio pro natura*, que establece que en caso de duda todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deben ser resueltos de manera que favorezcan la protección ambiental y den prioridad a opciones menos perjudiciales, e *in dubio pro aqua*, consistente con el anterior, ya que en caso de falta de certeza establece que las controversias ambientales y en materia de aguas deberán ser resueltas en los tribunales y las leyes interpretadas, de modo que favorezca al ambiente y a los recursos de agua y ecosistemas relacionados, haciendo énfasis en que lo anterior contribuye a la efectiva defensa del ambiente. Por su parte, los criterios relevantes de la Corte Suprema del Reino Unido versan sobre la obligación de la autoridad de investigar de manera exhaustiva los riesgos de impacto significativo que garanticen la participación pública y reitera que la aplicación del principio precautorio, consagrado en las directivas de la Unión Europea, implica que en casos de duda material debe resolverse, regularmente, a favor de la evaluación de impacto ambiental del proyecto de que se trate.

A este respecto, Ricardo Lorenzetti señala que hay dos aspectos que deben tenerse en cuenta: i) la conciencia de que el agua es un bien escaso y ii) el interés por el recurso se traslada al uso que se le da y eso se traduce en conflictos sobre el uso, la adjudicación de derechos sobre el uso y el gerenciamiento público del recurso, y concluye que el problema del agua se va convirtiendo en un subsistema ambiental y un microbien que al ser afectado produce efectos circulares, sistémicos, objeto de regulación y protección especial, remarcando que ya no es viable admitir que existe o se tiene un derecho para todos de usar el agua en cualquier cantidad y para cualquier propósito.

Robert Carnwath comentó que “es necesario tener en mente que el procedimiento de EIA busca ser un apoyo a procesos eficientes e inclusivos de toma de decisiones en casos especiales, no una carrera de obstáculos”. Esto que menciona Carnwath es muy relevante y tiene mucho fondo debido a que en muchas ocasiones se confunde el objeto para el cual la EIA fue creada y regulada y se torna en un procedimiento agotador, tanto para el promovente de una actividad como para las autoridades administrativas encargadas de su gestión.

Por su parte, Michael Hantke Domas señala que en ambos casos se invocaron los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* y, a diferencia de otros autores, aclara que se pueden entender no como precautorios, sino como directrices para priorizar la sustancia entendida como “protección ambiental” por sobre la forma entendida como las “cuestiones procedimentales” en la medida en que se respeten los mínimos procesales, y enfatiza que los casos versan sobre la imperatividad de adaptarse a la máxima *in dubiis, abstinence* (en caso de duda, abstenerse) como sobre la necesidad que *la ratio decidendi* (razón para decidir) no recaiga en cuestiones procesales, sino en el fondo, siendo este la protección al medio ambiente.

Pero si en las primeras páginas de la obra no había quedado claro al lector el propósito de la interpretación del principio *in dubio pro natura*, Silvia Capelli explica de manera exhaustiva cómo se utiliza este principio como criterio hermenéutico o postulado normativo-aplicativo y busca diferenciarlo del principio precautorio. Nos dice que este principio tiene su origen en la aplicación del mismo por parte de las Cortes Latinoamericanas exponiendo que se trata de un principio instrumental, interpretativo, metodológico o postulado normativo-aplicativo para entonces usar la norma más favorable al medio ambiente, ante la duda, oscuridad o incertidumbre jurídica, adicionando a esto el elemento de que haya o no controversia entre los derechos fundamentales o las normas aplicables al caso y concede a su consolidación global el hecho de que se asentó en el principio 5 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del estado de derecho en materia ambiental (2016); en el principio 6 de la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica; en el principio 7 de la Declaración del Ministerio Público sobre Justicia Hídrica, ambos en el marco del 8º Foro Mundial del Agua (2018). Además, expone su diferencia con el principio precautorio, señalando, por ejemplo, que el principio precautorio actúa antes de que la actividad inicie y el principio *in dubio pro natura* puede repercutir antes, durante o después de que incluso un daño ambiental se ocasione. Para concluir este capítulo II, Claudia S. de Windt hace un recuento de lo expuesto y contrasta ambos casos, cerrando los conceptos de manera muy práctica.

El capítulo III se enfoca en el desarrollo jurisprudencial en relación con las actividades económicas y el impacto de la contaminación en la salud y el medio ambiente, para lo cual se exponen dos sentencias relacionadas con conflictos en los que los tribunales analizaron el riesgo e impacto ambiental causado por la contaminación de las actividades económicas y su incidencia en el desarrollo sustentable, y en los que la jurisdicción apoderada considera las repercusiones relacionadas con la justicia ambiental y la desproporción de los impactos de las cargas ambientales. Los criterios de la Corte a resaltar versan en que se ponderaron los beneficios económicos del proyecto contra los impactos sociales y ambientales que podrían causarse, no solo de las generaciones presentes sino de las futuras. En relación con el componente de justicia ambiental, la Corte determinó que la aprobación del proyecto minero ocasionaría un impacto inequitativo, por la distribución de beneficios económicos y ambientales entre las generaciones presentes y futuras, concluyendo que la Corte hizo un análisis fundamentado en el principio de progresividad y de la mayor ambición posible de cumplimiento del Acuerdo de París y las metas globales.

Para comentar este apartado, Sergio Muñoz Gajardo enfatiza tres labores relevantes: la de los jueces (proteger todos los derechos y de todas las personas considerando su dignidad como una plena libertad, total, igualdad y activa solidaridad, sin discriminaciones ni fronte-

ras); la labor del derecho (encauzar un desarrollo igualitario y sustentable) y la labor de la sociedad nacional e internacional (proteger a toda la humanidad, en especial a los vulnerables y la naturaleza).

Por su parte, Brian J. Preston resalta algunos temas relevantes como el hecho de que los problemas ambientales son policéntricos y multidisciplinarios y por tanto requieren una solución holística; que el logro de un desarrollo ecológicamente sustentable depende del compromiso e involucramiento de todos los ejes del gobierno; que la judicatura representa un rol fundamental en la interpretación, explicación y aplicación de las leyes y regulaciones, y que un tribunal especializado en temas ambientales está mejor posicionado para alcanzar la meta de un desarrollo ecológicamente sustentable, para lo cual pone de ejemplo a la Corte Ambiental y de Tierras de Nueva Gales del Sur, siendo esta la primera Corte especializada que fue creada.

En adición, Valentina Durán Medina comenta un caso de intoxicación masiva por gases industriales indeterminados, en los que la sentencia invoca el principio de desarrollo sostenible, los principios precautorio y de prevención y el principio 10 de la Conferencia de Río (1992), en lo que se refiere al derecho de acceso a la información y justicia ambiental, y concluye que el caso evidencia la insuficiencia de instrumentos de gestión ambiental y la necesidad de aplicar efectivamente el derecho de acceso a la información ambiental. Para cerrar este capítulo, Claudia S. de Windt señala, entre otros puntos, que los principios y el sistema de fuentes tienen un papel preponderante en la decisión, que si bien no pondera un pasivo ambiental histórico, sí considera el presente y el futuro al aplicar la prevención y la precaución, y reitera que la justicia ambiental y la protección de los vulnerables y sus derechos fundamentales es central.

Habiendo pasado tantos temas tan interesante, le continúa el capítulo IV relacionado con el desarrollo jurisprudencial sobre agricultura, seguridad alimentaria, biodiversidad y derechos humanos vinculados con la gestión y eliminación ecológicamente racional de las sustancias y desechos peligrosos en el derecho comparado. En este segmento, se presentan dos fallos que tratan la legalidad y la legitimidad de sustancias tóxicas utilizadas en agricultura, y en ambos se exalta el debate sobre la ciencia y las pruebas para demostrar la probabilidad de que un riesgo evaluado se materialice. Resaltan los principios de cautela, precautorio y de prevención, confrontando además los límites de la autoridad y el deber de garantizar los derechos fundamentales. En estos casos, el principio invocado fue el cautelar, que obliga a las autoridades estatales a adoptar medidas apropiadas para prevenir la generación de riesgos potenciales a la salud pública, a la seguridad y al medio ambiente, incluso cuando no exista certeza científica sobre la existencia o el alcance de los riesgos.

En esta ocasión, Damaris Vargas Vázquez, más que comentar específicamente sobre los criterios jurisprudenciales expuestos, se enfoca en la incorporación del Acuerdo de Escazú en la regulación de Costa Rica. Este resumen sobre el Acuerdo y su inclusión a la regulación del Estado es muy útil como caso práctico de cumplimiento del mismo Acuerdo como Estado Parte para alcanzar los objetivos del mismo, y es algo que México actualmente puede tomar como referencia para incluirlo igualmente en su legislación y adaptar sus procedimientos en materia ambiental que se relacionan con las materias reguladas por este Acuerdo, siendo estos el acceso a la información ambiental, la participación pública en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Por su parte, Marcos Arellana nos comparte su opinión sobre la consolidación del principio precautorio frente a los riesgos de los plaguicidas, para lo cual argumenta que esta consolidación se aprecia en el raciocinio y sustento normativo de las sentencias, enfatizando que la aplicación del principio es relevante cuando se tiene una base normativa y cuando la función jurisdiccional aborda el amparo de derechos constitucionales. Concluye que los canales de comunicación entre el derecho ambiental y los derechos humanos le permiten a este principio fortalecer los niveles de protección al ambiente y a la salud. Es de resaltar que Arellana asienta que el principio precautorio opera con base en evidencia científica, actuando cuando la ciencia evidencia riesgos e incluso incertidumbres y arguye la traducción del conocimiento científico en protección jurídica. Para cerrar el capítulo, nuevamente Claudia S. de Windt resume ambos casos analizados, haciendo énfasis en la aplicación del principio precautorio multimencionado y las garantías procesales para garantizar el derecho a un medio ambiente sano, así como los impactos económicos de la no comercialización de las sustancias tóxicas.

Finalmente, el capítulo V versa sobre temas emergentes en la justicia ambiental y climática, iniciando con la opinión de Claudia S. de Windt quien habla sobre los principios en la labor judicial por el estado de derecho ambiental, exponiendo en primera instancia que los principios son esenciales en el estado de derecho ambiental, teniendo este como propósito el modificar el comportamiento humano en aras de obtener respuestas ambientales positivas; ella destaca principios como el de la legalidad, prevención y la precaución, *in dubio pro natura* y su relación con los derechos de la naturaleza, la función ecológica de propiedad derivada de la función social y que está presente en las Constituciones, el principio de la naturaleza *propter rem* de las obligaciones ambientales y el principio 10 de Río sobre derechos de acceso, que indica que la mejor forma de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los interesados, así como el principio de no regresión y su homólogo el de progresividad.

En esta sección, Nicholas Bryner, al igual que ya lo había hecho Silvia Capelli en esta obra, aborda el principio *in dubio pro natura*, pero ahora desde la perspectiva de su uso para la apli-

cación y cumplimiento de la legislación ambiental, enfatizando su relevancia para la consolidación del estado de derecho en materia ambiental; por su parte, Cristina Voight responde a algunos cuestionamientos en materia climática, planteando el papel del Acuerdo de París en los litigios sobre cambio climático y remarca la importancia de lograr los objetivos planteados debido a la situación y crisis climática y ecológica actual. Siguiendo este mismo contexto del Acuerdo de París pero ahora tras la partida de Estados Unidos, nos comentan David Hunter, Wenhui Ji y Jenna Ruddock sobre la misma y plantean un recordatorio al tenor de que la respuesta mundial al cambio climático no debería sujetarse a los poderes políticos del Estado. Así, tras un análisis sumamente exhaustivo del Acuerdo de París y casos concretos, concluyen que el marco no está proporcionando un requisito legal, pero sí antecedentes de hecho a partir de los cuales los tribunales pueden calcular la participación equitativa de un país en los esfuerzos de mitigación para evitar los denominados impactos catastróficos del cambio climático. Para concluir tan valiosa sección en materia climática, Luis Armando Tolosa Villabona comenta problemáticas como el calentamiento global y alega pocos resultados, haciendo una llamada de atención al tenor de que para la judicatura mundial es urgente actuar por el cambio del modelo de desarrollo que reduzca los gases de efecto invernadero y trabajar por la justicia climática y por un estado de derecho ambiental; esto lo hace de una manera tan crítica, desesperada, pero a la vez alentadora, que insta al lector al cambio y a la urgencia de acción en la materia, por lo que es un cierre perfecto de todos los casos y opiniones que le anteceden.

En mi opinión, el objeto de esta antología, que en sus primeras páginas se plantea, es alcanzado de una manera magnánima al evidenciar fehacientemente a lo largo de todas sus páginas la contribución que realizan jueces, juezas y operadores jurídicos en el ámbito nacional e internacional en materia de justicia ambiental.