

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Revista Jurídica de Buenos Aires

Derecho Ambiental

Daniel A. Sabsay
Coordinador



LexisNexis®
Abeledo-Perrot

2005

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Facultad de Derecho
Departamento de Publicaciones

Revista Jurídica de Buenos Aires

Derecho Ambiental

Daniel A. Sabsay
Coordinador

Director Ejecutivo de la FARN y Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA

2005

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Facultad de Derecho
Departamento de Publicaciones

Revista Jurídica de Buenos Aires

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (AÑO 2004)

DECANO: Atilio Aníbal Alterini
VICEDECANA: Mónica Pinto
SECRETARIO ACADÉMICO: Gonzalo Alvarez
SECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL: Alejandro Gómez
SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN: María Cecilia Gómez Masía
SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA: Juan Pablo Mas Vélez
SUBSECRETARIO ACADÉMICO: Sergio Brodsky
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL: Luis Mateo Barreiro

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES:

Andrés J. D'Alessio - Alberto J. Bueres - Mónica Pinto - Ricardo A. Guibourg - Graciela Güidi
Abel M. Fleitas Ortiz de Rozas - Jorge A. Sáenz - Marcelo Gebhardt

GRUADOS:

Carlos Mas Vélez - Samuel Jablonka - José M. Pizzorno - Javier Petrantonio

ESTUDIANTES:

Paula Streger - Marcelo González Zedrón - Hernán Arce - Ernesto F. Taboada

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

DIRECTORA: Mary Beloff
SECRETARIO: Pablo Perel

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

DIRECTOR: Guillermo Moncayo
SUBDIRECTOR: Carlos M. Cárcova
SECRETARIO DE REDACCIÓN: Pedro Aberastury
CONSEJO DE REDACCIÓN: Aristides H. Corti, Jorge Rodríguez Mancini,
Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca
COORDINADOR PARA ESTE NÚMERO: Daniel A. Sabsay



LexisNexis®
Abeledo-Perrot

Todos los derechos reservados

© by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho – UBA
Av. Figueroa Alcorta 2265 1° P
(C1425CKB) Buenos Aires

© by ABELEDO-PERROT
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 5235-5430 · Fax: (54-11) 5239-1879

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos,
está a cargo exclusivamente de los autores

I.S.S.N. 0326-7431

IMPRESO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

ÍNDICE

DANIEL A. SABSAY: <i>Prólogo</i>	9
--	---

DOCTRINA

MARÍA EUGENIA DI PAOLA - NATALIA MACHAIN: <i>El principio precautorio en la República Argentina. Análisis de su aplicación en las decisiones administrativas y judiciales</i>	15
ANDRÉS M. NAPOLI: <i>El acceso a la información pública ambiental en la Argentina</i> ...	37
RAÚL A. ESTRADA OYUELA: <i>El control de la observancia o cumplimiento de los acuerdos ambientales internacionales</i>	47
EDUARDO PABLO JIMÉNEZ: <i>Los magistrados judiciales concebidos como nuevos articuladores del sistema jurídico (En particular referencia a la cuestión ambiental)</i> ..	71
PEDRO ABERASTURY: <i>La legitimación en el derecho ambiental</i>	83
RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA: <i>A execução no Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-America e as causas de interesse público</i>	109
LEONARDO GRECO: <i>As provas no processo ambiental</i>	119

ENSAYOS

DANIEL A. SABSAY: <i>Democracia participativa y medio ambiente</i>	141
MARÍA FABIANA OLIVER: <i>Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales: una instancia poco explorada</i>	167

DOCUMENTOS

<i>Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental. Propuestas para su reglamentación</i>	183
<i>Simposio de jueces y fiscales. Declaración de Buenos Aires</i>	229
<i>Los principios de Lima</i>	245

<i>Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. Declaración conjunta</i>	251
<i>Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales</i>	255
<i>La participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la edición 2005 de la "Phillip C. Jessup International Law Moot Court Competition"</i>	299
<i>Referencias bibliográficas</i>	359

PRÓLOGO

La elección del derecho ambiental como tema central de un número de la prestigiosa Revista Jurídica de Buenos Aires nos parece una decisión digna de ser destacada. Considero que esta decisión de parte de tan importante órgano científico, que durante años ha dedicado su esfuerzo a la presentación de las más diversas disciplinas jurídicas, representa un reconocimiento mayúsculo de esta novedosa pero no por ello menos importante área. Esperemos que esta publicación tan reconocida en el ámbito universitario sirva como disparador para que el derecho ambiental logre en un futuro cercano su tan deseada inclusión dentro de las materias de grado de la carrera de Abogacía, como sucede en las casas de estudios de la mayoría de los países democráticos del orbe.

El presente número aborda un amplio abanico de campos en los cuales reconocemos un eje central: el desarrollo sustentable como gran marco, y a partir de allí la construcción de la institucionalidad necesaria para el logro de los objetivos a que la noción propende. La expresión desarrollo humano en el texto de la Constitución Nacional plantea cuáles deben ser los parámetros que tienen que estar presentes a la hora de la toma de las decisiones gubernamentales. Así, las autoridades deben considerar las posibles consecuencias de las mismas en las órbitas económica, social y ambiental. Esta previsión tiene que proyectarse hacia el futuro, pues debe beneficiar a las presentes generaciones sin comprometer las necesidades de las futuras. Se trata de un programa en el que debe estar presente una nueva noción de la equidad en su versión intergeneracional que, para concretarse, necesita incorporar a sus instituciones los instrumentos propios de una democracia participativa.

La publicación inicia con un artículo sobre el principio precautorio y su aplicación en las decisiones administrativas y judiciales, expuesto por las Dras. María Eugenia Di Paola y Natalia Machain. Se trata de un postulado relevante contemplado por el derecho ambiental internacional y que nuestra Ley General del Ambiente recoge, considerando a su respecto que *"cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente"*. Estamos frente a premisas que marcan la dimensión del problema y la necesaria obligación de anticipación frente a las consecuencias negativas para el ambiente que pueden tener los emprendimientos humanos. En esta ocasión se hace un

meduloso análisis de la jurisprudencia argentina que lo ha tomado en cuenta y que junto a los actos administrativos que también lo contemplan forman un interesante cuerpo de doctrina que debería ser tomado en cuenta por los decisores públicos.

El Dr. Andrés Nápoli pone su mirada en el acceso a la información pública ambiental, componente que actúa como sustento indispensable de la participación. El nombrado nos brinda un amplio cuadro producto de investigaciones que ha llevado a cabo, como así también de su experiencia de litigante en el campo ambiental y otras causas de interés público.

El contenido de la publicación continúa con el aporte del Embajador Raúl Estrada Oyuela, quien se ocupa de los mecanismos de control sobre los convenios ambientales internacionales. Este mundialmente reconocido experto en cambio climático nos ilustra sobre un tema clave de la normativa internacional, la de su aplicación y cumplimiento o *enforcement*, recurriendo a la terminología sajona. Precisamente, en la salud de estos instrumentos reposa el futuro de la protección ambiental, ya que de nada sirve contar con maravillosas normas internacionales o nacionales si no se logra un umbral mínimo de observancia por parte de los obligados a ello. Los restantes capítulos están consagrados a diversos aspectos de otra problemática capital, el acceso a la justicia y sus consecuencias. Nada mejor que la palabra de un juez como el Dr. Eduardo P. Jiménez para iniciar la serie desde la premisa: "los magistrados judiciales concebidos como nuevos articuladores del sistema judicial (en particular en derecho ambiental)". Nadie más indicado que él para exponer sobre el particular, dada su reconocida trayectoria en la defensa de nuestra materia desde la docencia, la doctrina y los estrados judiciales.

Ahondando en esta órbita, el Dr. Pedro Aberastury desarrolla la llave para el acceso a la justicia: la legitimación procesal en el ejercicio del derecho de tutela ambiental. Este conocido profesor de derecho administrativo observa la cuestión desde el ángulo de la protección constitucional de los derechos, así considera la necesidad de su ampliación para lo cual analiza la situación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones, dentro del campo de los derechos humanos, como una nueva categoría de intereses jurídicamente tutelados. El concepto de interés difuso y agravio jurídico, como una nueva categoría jurídica lo lleva a plantear el abandono de la clasificación tradicional de los intereses tutelados y a plantear la legitimación del tercero coadyuvante

Como colofón de la cuestión judicial contamos con los enriquecedores aportes de dos juristas brasileños, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva y Leonardo Greco. El primero se ocupa de la ejecución contra la Administración Pública en el Código Ibero-Americano del Proceso Colectivo, mientras que el segundo se pronuncia sobre el dificultoso tema probatorio en el proceso ambiental.

La sección de ensayos se inicia con un capítulo de nuestra autoría dedicado a la democracia participativa. Allí, desarrollamos las diferentes componentes de

lo que hemos dado en llamar gobernabilidad para la sustentabilidad. Comenzamos planteando las dificultades que presenta la implementación del modelo para luego ir desgranando cuáles son a nuestro criterio los institutos que deben estar presentes a la hora de definir la institucionalidad que se compadece con este tipo de cometidos. Ello nos permite recorrer nuestro derecho positivo tomando como punto de partida a la cláusula ambiental de la Constitución Nacional, para luego internarnos en la Ley General del Ambiente y por último analizar desde la teoría de los tres accesos, fruto de la declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro (1992), las diferentes medidas que hacen a la “sustentabilidad institucional del desarrollo”.

La Dra. María Fabiana Oliver se dedica a explorar las “Líneas Directrices OCDE para Empresas Internacionales”, que, como el título lo indica, se trata de una instancia que habla a las claras de las posibilidades que ofrece la noción de responsabilidad social empresaria, la que ha sido muy estudiada por la autora.

La obra se completa con una serie de documentos cuya difusión consideramos que contribuirá a comprender el cuadro de situación de nuestro país en el campo del derecho ambiental.

Quienes hemos coordinado estos trabajos integramos la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), institución que viene trabajando desde hace dos décadas en cuestiones vinculadas con las instituciones jurídicas que deben regular la sustentabilidad del desarrollo, poniendo una mirada preponderante en el ángulo ambiental de dicha problemática. FARN ha asumido con beneplácito la edición de esta obra, lo que me permite destacar la impecable labor de la Lic. Débora Bialostozky, secretaria académica del Área de Capacitación e Investigación de la organización.

DANIEL A. SABSAY
Buenos Aires, junio de 2005

DOCTRINA

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

por MARIA EUGENIA DI PAOLA ¹ - NATALIA MACHAIN ²

Resumen ejecutivo

El principio precautorio, no obstante su consideración en tratados internacionales aprobados por el Congreso Nacional ³, ha sido incorporado por la Ley General del Ambiente (LGA) de presupuestos mínimos de protección ambiental, aplicable a todos los niveles jurisdiccionales de la República Argentina. El mismo ha sido incluido explícita o implícitamente en decisiones administrativas y judiciales. En este sentido, la utilización del principio ha sido diversa y ha dado lugar a posturas disímiles.

El objetivo central de este artículo es analizar las distintas decisiones, tanto administrativas como judiciales en las que aparece el principio precautorio, especialmente en aquellas temáticas relacionadas con la conservación de la diversidad, para arribar a conclusiones sobre la recepción del principio en el país.

El principio es utilizado por las autoridades administrativas, con mayor énfasis luego de la sanción de la Ley General del Ambiente (LGA) que le ha dado marco a una herramienta que ya era implícitamente utilizada en algunos ámbitos (por ejemplo, en proyectos de manejo de especies). No obstante ello, y dado que se trata de un principio para la dirección de políticas, existen diferencias en la Administración respecto del modo en que es abordado por los distintos actores que tienen a su cargo decisiones relativas al ambiente. En primer lugar, se puede diferenciar que en algunos casos existe una aplicación específica y en otros una consideración implícita del principio en cuestión. La diversidad de posturas en la observación del principio precautorio tiene como causa fundamental la disper-

¹ Especialista en Régimen Jurídico de los Recursos Naturales (UBA), Master en Derecho Ambiental (Pace University, EE.UU.) y directora del Área de Investigación y Capacitación de FARN.

² Especialista en Gestión Ambiental (ITBA), investigadora en Política Ambiental y Conservación del Área de Investigación y Capacitación de FARN.

³ Convención sobre Diversidad Biológica (ley 24.375), Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (ley 24.295).

sión, diferencia de criterios e insuficiente coordinación entre los distintos órganos administrativos de decisión. El cumplimiento cabal de la LGA requiere tener en cuenta estas cuestiones prácticas a fines de instalar al principio precautorio como una herramienta de política pública concreta y eficiente.

Por otro lado, se han identificado básicamente dos posturas de parte de los distintos decisores:

- La aceptación del principio como herramienta de protección cuando no hay suficiente información o existe falta de certeza. En los ámbitos administrativos y en algunas decisiones judiciales, esta postura puede llevar a tratar de solucionar la falta de información o incertidumbre científica con producción de información especial o investigación. Aquí juegan un rol importante la Evaluación de Impacto Ambiental, la Evaluación de Riesgos, o cualquier información solicitada o producida por la propia Administración o bien solicitada por la judicatura, para salir de la incertidumbre y poder adoptar una decisión con un conocimiento mayor de los efectos de la actividad o proyecto en cuestión. Puede aplicarse el principio precautorio entonces, hasta que exista nueva información científica que elimine tal incertidumbre.
- La reticencia a la aplicación del principio dado que la falta de certeza o información no puede limitar el desarrollo de ciertas actividades. Este caso se presenta cuando no se reconoce una falta de certidumbre real o cuando su aplicación puede afectar determinadas actividades, especialmente aquellas que generan importantes ingresos económicos. Un posible origen de esta posición podría observarse en la existencia de un preconcepción respecto de las implicancias del principio por algunos sectores en los que se lo observa como una postura conservacionista que imposibilitaría o dificultaría el desarrollo económico.

La colisión entre estas posturas podría ser solucionada, en principio, teniendo en cuenta el tratamiento de casos conflictivos que desarrollan algunos decisores, a través de la implementación del principio precautorio desde un punto de vista proactivo y no prohibitivo, aplicando el mismo junto a herramientas tales como las evaluaciones de impacto o de riesgos, para recabar información y mayores certezas con miras a adoptar decisiones más adecuadas.

Cualquier sistema en el que el principio precautorio funcione adecuadamente deberá contar con una política estratégica a largo plazo, y con una perspectiva que permita a los distintos actores interesados contemplar al principio precautorio como una herramienta útil y concreta.

Esto se podrá ver beneficiado por la tendencia que se observa en el ámbito judicial a la incorporación del principio, redundando en un cambio de paradigma en la comprensión del derecho de daños y la aplicación del principio de respon-

sabilidad. En este sentido y en general, el principio precautorio es utilizado para fundamentar la protección del ambiente o de la salud humana junto con otros principios como el de responsabilidad y el de derecho a un ambiente sano, pero especialmente en tándem junto con el principio preventivo.

Es dable sostener que la interacción entre las decisiones administrativas y la aplicación del principio por la judicatura representa una sinergia positiva para la consolidación del principio. Esto es porque en ciertos casos las decisiones administrativas pueden ser respaldadas por los jueces, fortaleciendo su implementación en todos los niveles y clarificando su significado.

La importancia de la aplicación del principio precautorio, sea implícita o explícitamente, y aun mientras se profundice su condición de aplicación, es que da lugar a debates que de otro modo no tendrían lugar, y a decisiones que —más allá de las controversias— tienen como fin último la protección del ambiente y la salud humana. Con miras a su consolidación, se presenta como de suma envergadura el desarrollo de políticas coherentes y de instrumentos de control y cumplimiento para una implementación concreta y eficiente del principio en los casos en los que sea necesario.

Es menester destacar que el presente artículo se basa en la investigación desarrollada por las autoras para FARN, en el marco de la investigación del Precautionary Principle Project promovido por IUCN, TRAFFIC, Flora & Fauna International y Resource Africa ⁴.

I. INTRODUCCIÓN

El principio precautorio está siendo aplicado por las autoridades administrativas y judiciales en diversa escala. El presente estudio aborda esta temática con especial énfasis en las decisiones ambientales y aquellas relacionadas con temáticas afines a la biodiversidad.

El objetivo ha sido entonces analizar la aplicación del principio precautorio en la Argentina, específicamente en las decisiones administrativas relacionadas directa o indirectamente con la conservación de la biodiversidad, la protección del medio ambiente y el manejo de recursos naturales, por parte de las autoridades con competencia central en el desarrollo y ejecución de las políticas ambientales, como así también en las decisiones judiciales más relevantes.

Respecto de las decisiones administrativas, el relevamiento general se ha basado en el análisis normativo y en entrevistas realizadas a los decisores. Las decisiones judiciales se han incorporado a partir de un relevamiento general y sobre diversas jurisdicciones del país en las que existieran precedentes de esta índole.

Finalmente, se han obtenido y delineado conclusiones generales sobre la aplicación del principio precautorio en la Argentina, con miras a realizar apor-

⁴ www.pprinciple.net.

tes a la implementación del principio en la ejecución de políticas ambientales en el país.

II. ASPECTOS INSTITUCIONALES

I. Estructura de gobierno y autoridades

A fines de sistematizar el acercamiento al análisis de las decisiones, es pertinente sintetizar las bases generales de la estructura de gobierno de la República Argentina. La organización federal de gobierno del país cuenta con cuatro niveles —nacional, provincial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios— y tres poderes —Ejecutivo, Legislativo y Judicial—.

El art. 124, CN, establece que las provincias poseen el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio. En consecuencia, podemos concluir que las provincias poseen jurisdicción sobre los recursos naturales. Sin embargo, el art. 75 de la Carta Magna establece diversas excepciones a este supuesto a partir de otorgarle competencia al Congreso Nacional para, por ejemplo, sancionar leyes que regulen, entre otras cuestiones, el comercio internacional, interprovincial e interjurisdiccional, así como también en materia de legislación de fondo en material penal, civil, comercial, de minería y de trabajo.

El Congreso Nacional posee asimismo la facultad de aprobar o desechar tratados internacionales. En tal sentido es menester señalar que dichos tratados poseen un *status* jurídico superior a las leyes y esto se presenta como un tema de importancia en la materia que nos ocupa, ya que el principio precautorio se encuentra contemplado en tratados internacionales aprobados y ratificados por la Argentina.

Asimismo, el art. 41, CN, nos introduce en otro concepto de suma importancia: la Nación debe establecer las normas que contengan los *presupuestos mínimos de protección ambiental*, mientras que las provincias tienen la potestad de complementarlos con normas más estrictas en términos de protección ambiental. Este mismo artículo reconoce el derecho de los habitantes a un ambiente sano y explicita la obligación de los mismos de preservarlo. Las autoridades deben garantizar el ejercicio de aquel derecho, propender al uso racional de los recursos naturales y la protección del patrimonio natural y cultural, la diversidad biológica y la información y educación ambiental.

Las autoridades nacionales que tienen a su cargo la ejecución de decisiones de trascendencia e injerencia en la fijación de políticas ambientales y biodiversidad son la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dependiente del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos dependiente del Ministerio de Economía y Producción, y la Administración de Parques Nacionales de la Secretaría de Turismo de la Nación. El estudio ha enfocado su análisis sobre las decisiones de estas autoridades.

2. Algunas normas de especial trascendencia

El marco legal argentino incluye al principio precautorio como una herramienta general, y también en forma específica en determinados tratados o acuerdos internacionales.

El acuerdo internacional más trascendente en tal sentido y con miras a la conservación y preservación es la Convención sobre Diversidad Biológica, aprobada por ley 24.375 y ratificada en el año 1994. En esta Convención, el principio precautorio se incorporó en el preámbulo, sosteniendo que "...cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza".

Asimismo, otra convención que introdujo el principio precautorio y ha sido aprobada por ley 24.295 y ratificada en el año 1994 es la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Otros acuerdos internacionales a tener en cuenta, que comprenden al principio preventivo o conceptos vinculados al principio precautorio son la Convención sobre el Comercio Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS) y la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR).

Para nuestro país es trascendente la incorporación del principio precautorio a la LGA, lo que jerarquiza su existencia en el marco legal al encontrarse en la norma central de presupuestos mínimos de protección en los términos del artículo 41, CN.

De acuerdo a la LGA, "*La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: ...Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*" (art. 4º). Esta misma ley contempla la obligación de una Evaluación de Impacto Ambiental, que es considerado uno de los instrumentos de política y gestión ambiental, para aquellos proyectos o actividades que pueden degradar el ambiente o alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población (art. 11).

Por otra parte, la Ley de Presupuestos Mínimos sobre Acceso a la Información Ambiental 25.831 garantiza el derecho de libre acceso a la información ambiental que se encuentre en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas. Esta Ley de Presupuestos Mínimos es complementaria de la LGA en la temática relativa al acceso a la información, en la que también se establece

la obligación del Estado nacional de producir un informe anual sobre la situación ambiental del país a presentarse al Congreso de la Nación. De acuerdo con los preceptos de la LGA, el informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional.

Las autoridades del país son responsables por la aplicación de la normativa de presupuestos mínimos, así como también de los acuerdos internacionales que contienen el principio precautorio.

III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

1. Decisiones administrativas

De acuerdo con el marco legal actual, podría decirse que el precautorio es uno de los principios que actúa como una guía para la aplicación de políticas y la interpretación de las normas tal como lo establece la LGA, con el objetivo de impedir la posible producción de daños al ambiente.

En tal sentido, resulta evidente que cuando se presenta un caso en el cual se verifican los elementos de la definición del principio precautorio (peligro de daño grave e irreversible, ausencia de información o falta de certeza científica), las autoridades competentes no pueden evitar la adopción de una decisión que lo contemple, aun cuando la decisión funcione en forma transitoria hasta tanto se encuentre disponible información o certeza tal que permitan orientar una decisión sobre nueva evidencia.

A continuación, se realiza una revisión de la aplicación del principio a partir de algunas decisiones administrativas de las principales autoridades nacionales.

Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica

La res. 91/2003⁵ de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable representa el compromiso de la Nación que se deriva de la Convención de Diversidad Biológica y pautas para su implementación. El texto de la resolución incluye un capítulo sobre uso sostenible de la diversidad biológica, en el cual se establecen varios objetivos relacionados directa e indirectamente al principio precautorio, entre los que se encuentran:

- Uso sostenible de los recursos biológicos.
- Minimización de la pérdida de diversidad biológica en los agroecosistemas, a través de medidas para su prevención o mitigación.

⁵ BO 24/2/2003.

- Aplicación del principio precautorio a la prevención y control de especies invasoras.
- Realización de una Evaluación de Impacto Ambiental para todos aquellos proyectos públicos o privados que puedan afectar la diversidad biológica (en aplicación del art. 14 de la Convención de Diversidad Biológica).

La Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica se presenta en una decisión administrativa detallada, que debe servir de guía para la toma de decisiones específicas respecto de la biodiversidad en la Argentina.

Protección y conservación de la fauna silvestre

La Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable es la autoridad de aplicación de la Ley de Conservación de la Fauna y de los acuerdos internacionales sobre diversidad biológica. La Dirección Nacional de Recursos Naturales y Conservación de la Diversidad es la oficina administrativa especializada.

La autoridad ambiental nacional posee un papel trascendente en términos de conservación y uso de especies dado que tiene a su cargo la regulación y la implementación de las decisiones relativas a tráfico de especies, comercio interprovincial, importación y exportación, manejo sustentable de especies y protección y conservación de la biodiversidad.

El marco general sobre este tema está dado por la Ley de Conservación de la Fauna 22.421 ⁶. Esta norma establece que en su regulación y aplicación, las autoridades deberán respetar el equilibrio entre los beneficios económicos, culturales, agropecuarios, recreativos y estéticos que la fauna silvestre aporta al hombre, pero dando en todos los casos la debida prelación a la conservación de la misma como criterio rector de los actos a otorgarse (art. 2º). Por este medio se establece la necesidad de una autorización previa de la autoridad de aplicación para diferentes situaciones de hecho, tales como: cualquier proyecto en sitios naturales que pueda tener un efecto sobre la fauna silvestre, la introducción de especies exóticas al país (complementada por la res. SRNyDS 376/1997 ⁷), y el uso de productos tóxicos, entre otros. En el caso de la introducción de especies exóticas es el proponente el responsable de dar a conocer a la autoridad la ausencia de riesgos, apareciendo uno de los elementos que grafican un enfoque precautorio, tal como la inversión de la carga de la prueba.

Este mismo art. 2º de la Ley de Conservación de la Fauna hace prevalecer a la conservación como el principal criterio: "en la reglamentación y aplicación de esta ley las autoridades deberán respetar el equilibrio entre los diversos beneficios económicos, culturales, agropecuarios, recreativos y estéticos que la

⁶ BO 12/3/1981.

⁷ BO 22/5/1997.

fauna silvestre aporta al hombre, pero dando en todos los casos la debida prelación a la conservación de la misma como criterio rector de los actos a otorgarse". Esto es interpretado asimismo por la autoridad en el sentido de que cuanto más vulnerable es la especie en cuestión, más restrictivo será su uso, al igual que frente a la falta de certeza o información apropiada. Este supuesto legal es la base sobre la que gira todo el sistema creado por esta norma con el objetivo de enmarcar el manejo de especies y de la fauna silvestre.

El criterio de prevalencia de la conservación establecido por esta ley presenta un fundamento similar al del principio precautorio; principio que, por cierto, es de construcción posterior a la sanción de esta ley, pero que posee una finalidad análoga ante la duda o falta de certeza. En este sentido, el complemento de ambos conceptos resulta en una herramienta de toma de decisión trascendente para las autoridades en esta materia.

Toda la normativa infralegal en este marco debe responder al sistema establecido por la ley. En tal sentido, y de acuerdo con la reglamentación de la ley citada y sus resoluciones especiales, el comercio interprovincial, la importación y la exportación de fauna silvestre (animales vivos, sus productos y subproductos) deberán ser autorizados previamente por la autoridad de aplicación bajo criterios determinados.

Asimismo, la autoridad nacional conserva poderes con relación al uso y manejo sustentable de especies salvajes. El programa nacional incluye el manejo de especies, establecimiento de cuotas de comercio y caza, la conservación de hábitats y la fijación de cuotas experimentales de captura, entre otras funciones. Para la implementación de estos programas, se desarrollan estudios científicos que sustentan la decisión adoptada, o se utiliza información disponible. Las regulaciones son actualizadas en forma periódica, generalmente cada año, y para eso son tenidos en cuenta tanto la información obtenida o generada como los criterios legales. Este proceso es inclusivo de la idea de precaución, por lo que podría afirmarse que, en tanto el manejo y uso de especies regulados es una función y obligación de la autoridad de aplicación de la Ley de Conservación de Fauna, la consideración del principio precautorio es uno de los elementos que deben encontrarse presentes en las decisiones, cuando las condiciones se presentan tal como lo establece la legislación vigente.

Por otro lado, y respecto de la introducción de especies exóticas al país, la autoridad ha establecido un sistema por medio del cual se requiere la presentación de un estudio de impacto ambiental que evalúe los potenciales efectos de su ingreso. Esta normativa incluye, entre otros requisitos, la evaluación de los impactos potenciales, los riesgos a la salud para plantas y animales, tanto como los riesgos económicos y productivos (res. SRNyDS 376/1997 ya citada).

Asimismo, puede afirmarse que los principales problemas que enfrentan las autoridades, cuando de aplicar la normativa vigente se trata, son aquéllos rela-

cionados con la coordinación entre dependencias y las dificultades de controlar la ejecución y cumplimiento de las normas.

Por otra parte, y en relación a la protección de la fauna, la autoridad indica que el incremento de las actividades de desarrollo en vinculación a los recursos naturales es una dificultad adicional para el sostenimiento del sistema de protección, conservación de la biodiversidad y manejo de especies. El principal ejemplo es la actividad agrícola en expansión que actúa sobre el ambiente o hábitat de crecimiento y supervivencia de la diversidad protegida.

Una visión global de los problemas ambientales debe involucrar la aplicación del principio precautorio, junto con otras herramientas, para hacer efectiva su inclusión en la legislación de presupuestos mínimos.

Pesca

El Régimen Federal de Pesca —ley 24.922⁸— establece un sistema por medio del cual las autoridades competentes deben otorgar (y fiscalizar) las cuotas de captura anual por buque, especie, zona de pesca y tipo de flota. Las mismas deben fijarse de acuerdo a la captura máxima permisible por especie, definida a partir de la consideración del rendimiento máximo sustentable. La determinación de estos máximos debe estar basada en información científica producida por el Instituto Nacional de Investigación y Producción Pesquera (INIDEP).

La Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (SAGPyA) es la autoridad competente de la aplicación de la política de pesca y conservación, y del ordenamiento de los recursos, aun en alta mar. A su vez, existe otro organismo que desempeña importantes funciones que dan sustento a las decisiones de la autoridad de aplicación nacional. Este organismo es el Consejo Federal Pesquero (CFP) que se encuentra conformado por representantes de las provincias con litoral marítimo, la Secretaría de Pesca, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y el Poder Ejecutivo Nacional. Entre sus funciones se encuentran la de establecer la política pesquera, promover la investigación científica y establecer los máximos de captura permisible por especie. Por lo tanto, la Ley Federal ha creado un sistema de facultades conjuntas y coordinadas entre la SAGPyA y el CFP.

La Ley Federal de Pesca no hace mención al principio precautorio; sin embargo, puede afirmarse que de acuerdo con la LGA, la implementación de este sistema debe contemplar los principios de prevención y precaución, especialmente para la determinación de la política pesquera en general y de los permisos de pesca en particular, procurando el ejercicio de la actividad de aprovechamiento de los recursos vivos marinos.

⁸ BO 12/1/1998.

Sobre la aplicación del principio precautorio en las decisiones de ambas autoridades, pueden ser citadas dos decisiones a modo de ejemplo.

La res. 8/2002 de la SAGPyA restringe actividades de pesca sobre una especie protegida, *Merluccius hubssi*, oportunamente declarada en estado de emergencia. Esta decisión ha sido ya modificada por otras normas administrativas respecto de los niveles de captura regulados. Sin embargo, es interesante poder citarla como ejemplo, dado que luego esta decisión fue objetada en cuanto a su legalidad y ha dado lugar a un interesante caso judicial.

La decisión comentada en este punto utiliza al principio precautorio, entendiéndose que las autoridades de investigación especializadas —INIDEP— no pudieron establecer con exactitud el máximo permisible de captura que no tuviere efectos negativos sobre la especie y su apropiado patrón de explotación. Por ello, adopta una decisión precautoria al establecer plazos para el ejercicio de la actividad, y cupos bimestrales de captura. Esta decisión fue atacada judicialmente por el titular de un buque pesquero afectado por la medida. La judicatura sostuvo la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa y, en particular, de la aplicación del principio precautorio (causa "Ficchi").

Por otra parte, y de acuerdo con las entrevistas, el concepto de precaución ha sido incorporado por el Consejo Federal Pesquero al tratamiento de sus temáticas luego de su introducción en la LGA. El intercambio con las autoridades pudo mostrar que la interacción entre las autoridades pesqueras y representantes de otras autoridades nacionales y provinciales funciona en forma proactiva a una mayor recepción del principio en el proceso de toma de decisión.

Las decisiones del CFP deben basarse en información científica provista por el INIDEP. Sin embargo, en aquellos casos en los que la información es insuficiente para adoptar una decisión que afectará la explotación de alguna especie, el CFP contempla la posibilidad de dictar medidas especiales de manejo o vedas temporarias. En algunos casos de duda, se puede llegar a establecer un nivel más bajo de captura basado en la aplicación del principio precautorio.

El interesante caso del *Variado Costero*, al sur de la provincia de Buenos Aires, revela como posible el acercamiento a un manejo ecosistémico del aprovechamiento de los recursos vivos marinos, el cual incluye en forma implícita el uso de un principio precautorio. En el área mencionada, el INIDEP desarrolló una investigación que sustenta un informe sobre el estado del ecosistema que conforma esta área. La carga de explotación pesquera sobre la mayoría de las especies de la costa es alta, siendo un espacio con altos niveles de reproducción, concentración de grupos jóvenes y centros de alimentación de varias especies óseas y cartilaginosas.

Se logró determinar científicamente la importancia de la zona y la interacción de las especies en el área, habiéndose podido establecer que la captura y el número de buques pesqueros en el área se había incrementado en los últimos años, y que la mayoría de las especies mostraban signos de sobreexplotación.

Con sustento en estos estudios preliminares, el INIDEP sugirió el establecimiento de límites de pesca durante etapas reproductivas en el área investigada, y confirió claridad en cuanto a que —dadas las condiciones del área— no era suficiente con establecer cuotas máximas de captura por especie, sino observar y tratar al área con una visión precautoria y como un todo interactivo. Sumado a las problemáticas descritas, era necesario considerar que las comunidades que vivían en la zona costera dependían económicamente en forma exclusiva de la pesca, y serían seriamente afectadas si se establecían vedas totales por plazos prolongados.

El CFP se propuso establecer un área de manejo en vez de dirigir su atención a la fijación de cuotas máximas de captura especie por especie. Por lo tanto, y por medio del acta CFP 53/2004, se estableció una veda en una época especial del año y un manejo determinado para la conservación de la zona, considerando la necesidad de actividad por parte de las comunidades costeras y tomando el principio de precaución para enfrentar estos nuevos hechos, teniendo en cuenta la necesidad de prevenir daños al ecosistema en cuestión.

Como puede observarse, si bien tanto el Poder Ejecutivo, el CFP y la judicatura han aplicado el principio precautorio en casos particulares relacionados con la temática de la pesca en la Argentina, resulta necesario revisar su aplicación o consideración sistemática en el marco indicado. En tal sentido, debe mencionarse que actualmente existen problemas significativos relacionados con la pesca en aguas argentinas, asociados con intereses económicos y con una deficiente capacidad de control de las autoridades, que derivan en una situación de desprotección sobre el ecosistema marino en general y en particular sobre varias especies.

No obstante ello, es menester remarcar que en cada uno de los casos, la existencia y aplicación del principio ha sido base de decisiones que modifican una realidad adversa a la preservación. Podría concluirse que aun en aquellos casos en los que la aplicación del principio precautorio puede ser conflictiva en términos de limitación (temporal o permanente) de una actividad económicamente importante, cuando la autoridad sostiene su convicción de la necesidad y la posición política de aplicar el principio en casos de ausencia de información o falta de certeza, la herramienta es efectiva y puede ser conjugada con otros principios en su aplicación.

Sin embargo, y considerando la realidad del ecosistema oceánico argentino, es también posible afirmar que el uso del principio sería de mayor trascendencia si formara parte de una política pesquera coherente e integral con una perspectiva a largo plazo, y dando lugar al cumplimiento del mandato constitucional de promover un desarrollo sustentable.

Áreas protegidas

El sistema creado por la Ley Nacional de Parques 22.351⁹ se basa en la idea de conservación, aunque no hace específica mención al principio precautorio.

Sin embargo, debe ser tenida en consideración la res. 16/1994¹⁰ de la Administración de Parques Nacionales (APN), que requiere la realización y presentación de una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) para la ejecución de proyectos públicos o privados dentro de las áreas comprometidas por ley. Asimismo, crea una comisión interdisciplinaria constituida por expertos, la cual deberá evaluar el EIA y dictaminar acerca de la viabilidad de desarrollo del proyecto, aprobando o rechazando su ejecución.

La autoridad de aplicación puede permitir dentro del ámbito de la APN actividades de caza y pesca cuando existan razones biológicas, científicas o técnicas. Ambas actividades pueden también ser utilizadas para el control y la erradicación de especies invasoras.

Forestación

La ley 25.080¹¹ sobre proyectos de forestación requiere una EIA para evaluar los proyectos de forestación de especies nativas o exóticas. Esta ley involucra a las autoridades de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (SAGPyA), a los fines de la definición de los requerimientos de la evaluación del proyecto presentado. De acuerdo a las entrevistas realizadas, hasta el presente no se traducido en los hechos la interacción entre ambos organismos, por lo que únicamente la SAGPyA es quien realiza la definición de los requerimientos y la evaluación de los proyectos.

Actividades agrícolas - OGMs

Aun cuando el marco legal aplicable a organismos genéticamente modificados (OGMs) no hace específica alusión al principio precautorio, podríamos inferir que el sistema de evaluación de riesgos se encuentra relacionado a este concepto. La ley 20.247¹² de Semillas y Creaciones Fitogenéticas y la ley 13.636¹³ sobre productos veterinarios junto con sus decretos y normas reglamentarias, conforman el procedimiento para la toma de decisiones de la autoridad de aplicación (SAGPyA) respecto de la aprobación o rechazo de liberación al ambiente o comercialización de los OGMs.

⁹ BO 12/12/1980.

¹⁰ BO 17/5/1994.

¹¹ BO 19/1/1999.

¹² BO 16/4/1973.

¹³ BO 20/10/1949.

La Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA) es el principal organismo de evaluación y consulta de la SAGPyA en esta materia, lleva adelante el proceso de estudio científico para recomendar a la autoridad máxima, la aprobación o el rechazo de las peticiones para la experimentación, la introducción o liberación al comercio de organismos genéticamente modificados. De acuerdo con la recomendación de la CONABIA, la autoridad nacional puede resolver su aprobación o rechazo. De conformidad al relevamiento realizado, las decisiones pueden ser adoptadas a través de distintas modalidades: disposición, resolución, denegación informal. Éste no es un tema menor, ya que si la denegación es informal no existe registro público del rechazo realizado por la autoridad, con el consiguiente desconocimiento de parte de la población.

En este ámbito las autoridades nacionales sostienen una aplicación limitada del principio precautorio, sobre todo en aquellas decisiones que pueden tener un impacto económico en el sector. Debido a la importancia económica del tipo de producciones involucradas, el estado de "falta de certeza científica" es generalmente sujeto a una limitación temporal que elimine la posibilidad de que el principio sea utilizado como una barrera al comercio.

Es menester señalar que la República Argentina no ha ratificado aún el Protocolo de Cartagena.

Posición de las autoridades

Las distintas autoridades entrevistadas son representativas de la diversidad de actores públicos involucrados en la toma de decisiones en materia ambiental en la Argentina. Como primera observación puede decirse que todas las autoridades han manifestado su conocimiento de la normativa que sustenta la existencia del principio precautorio en nuestro sistema legal. Esta posición reconoce, por sobre todo, la aplicación del principio a las decisiones en materia de política ambiental existente a partir de la sanción de la LGA.

Sin embargo, puede marcarse una distinción primaria entre las autoridades que reconocen la necesidad de la existencia de esta herramienta y las que tienden a verla como una posible barrera a actividades económicamente trascendentes para el país.

Puede observarse que las autoridades con práctica histórica en la utilización de criterios científicos de prevención para el manejo de los recursos naturales han sido más receptivas y menos temerosas de la aplicación del principio. Tal como expresaran en las entrevistas, aun antes de la recepción del principio precautorio por parte de la normativa nacional e internacional, el manejo y uso de recursos naturales aplica criterios basados en información científica y se abstiene de ir más allá en la utilización de los recursos cuando esa información es inexistente o insuficiente.

Algunas autoridades administrativas concentran su crítica en la posible limitación en la utilización de recursos, en su manejo y en el comercio, que con-

lleva la aplicación del principio precautorio, sosteniendo que la aplicación del mismo por la ausencia de información científica sobre los efectos posibles de una actividad humana en el ambiente o la salud no puede ser ilimitada en el tiempo, demandando una mayor especificidad en los criterios de su aplicación. Esta postura se ve mayoritariamente en aquellas autoridades que tienen en su ámbito de decisión actividades que actualmente se encuentran cuestionadas por algunos sectores, como lo es la liberación y comercialización de organismos genéticamente modificados y sus actividades relacionadas.

De las entrevistas puede inferirse preliminarmente que los efectos de las decisiones administrativas sobre las actividades de importancia económica juegan un rol trascendente si se traducen en limitar la explotación o uso de un recurso o elemento del medio, cualquiera sea su basamento. Sin embargo, una aplicación efectiva del principio debería ser acompañada de una política proactiva de protección integral y consensuada, contemplativa de todos los factores involucrados en el uso y manejo del recurso que se pretende proteger, y de la interacción entre las autoridades que tienen a su cargo este tipo de decisiones.

Decisiones judiciales

La primera decisión judicial en mencionar el principio precautorio fue "Copetro" en el año 1995, a partir de la cual la Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata (sala III) aplicó el principio citando el Preámbulo de la Convención sobre Diversidad Biológica, con la finalidad de sustentar la decisión de obligar al generador de contaminación atmosférica a reparar el daño ambiental.

Diez años después, la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca en el caso "Werneke" aplicó el principio precautorio, fundando su decisión en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, y en el art. 4º de la LGA, para hacer lugar al reclamo de los accionantes contra el Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires con la finalidad de impedir la actividad pesquera, comercial y/o deportiva en el área de Bahía San Blas. Asimismo, solicitó se suspenda el trámite de todos los permisos de pesca, se revoquen aquellos que ya fueron concedidos y se ordene la abstención de su otorgamiento. El fundamento de los accionantes fue, entre otros, la importancia natural del ecosistema en cuestión, Reserva de Uso Múltiple de la Provincia.

Desde el primero de los casos judiciales mencionados hasta el último, otras decisiones han mencionado al principio, desde distintas ópticas y para diferentes propósitos y respecto de diversas temáticas.

Respecto del tipo de decisiones es posible identificar que, por un lado, los jueces han utilizado el principio precautorio para justificar la adopción de medidas proactivas. Aquí puede mencionarse el caso "Figueroa" en el cual la Cámara Laboral, de Apelaciones y en lo Contencioso Administrativa, de la ciudad de Cipolletti, provincia de Río Negro, ordenó provisoriamente a cada una de las empresas involucradas en la demanda y al municipio, la realización de distintas

acciones detalladas (que incluyen la realización de obras inherentes a los sistemas de tratamiento de efluentes, cumplimiento de los parámetros normativos correspondientes, realización de estudios interdisciplinarios) a los fines de iniciar un proceso de saneamiento del canal "Los Milicos" y de la prevención de la contaminación en el lugar. La decisión aplica el principio precautorio para justificar la adopción de medidas urgentes y correctivas. En el mismo sentido, en el caso "Barragán", la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa de la ciudad de Buenos Aires aplica el principio precautorio junto con el de prevención con el objeto de fundar la implementación de medidas para mitigar posibles daños a la salud humana causados por los ruidos provenientes de la Autopista 25 de Mayo. La Cámara solicitó a la empresa AUSA que presentara un Estudio de Impacto Técnico Ambiental y un Plan de Adecuación (que incluyera mitigación de ruidos), y le requirió al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el control sobre estos aspectos.

Con un tratamiento también proactivo del principio precautorio, en "Cabral" el Juzgado Federal de Mar del Plata n. 2, Secretaría n. 5, declaró la omisión constitucional de la demandada Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos - Poder Ejecutivo Nacional, al impedir o soslayar el embarque de inspectores de pesca dispuestos por resolución del mismo organismo, alegando razones presupuestarias, cuando las partidas de presupuesto pertinente habían sido debidamente asignadas. Asimismo, ordenó a la Secretaría arbitrar las medidas conducentes para dar cumplimiento a la normativa ambiental pertinente (art. 41, CN, Ley Nacional de Pesca 24.922, y demás normas específicas en la materia), para asegurar la debida vigilancia y control respecto de la operatoria de buques pesqueros en los espacios marítimos de jurisdicción argentina, a través del cuerpo de inspectores nacionales. Uno de los fundamentos esenciales de este fallo es la necesidad de desarrollar la gestión ambiental y la tutela ambiental, comprometiendo pautas de prevención y precaución ambiental.

Con relación a los requerimientos de la presentación de un plan de mitigación, en "Asociación de Usuarios" la Cámara Federal de Apelaciones II de La Plata aplicó el principio precautorio para interpretar la evidencia disponible. La asociación de consumidores promovió una medida autosatisfactiva en representación de los vecinos de Ezpeleta, solicitando se ordene al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) que suspenda las obras de cableado dispuestas por la empresa concesionaria Edesur, y para que se disponga el traslado de la subestación transformadora, alegando que las ondas electromagnéticas generadas por la estación causan daños a la salud.

La Cámara sostuvo que existe incertidumbre actualmente sobre el conocimiento científico respecto a los efectos de los campos electromagnéticos en la salud, cuando haya exposición de estos mismos a niveles a largo plazo. No obstante ello, esa falta de certeza no puede obstar a la adopción de medidas, más aún existiendo información e indicios de sus efectos negativos. En tal sentido, la

Cámara ordenó al Ente regulador y a la empresa que adopten medidas necesarias para suspender las obras de cableado e instó a la presentación de informes actualizados a fin de indicar las medidas que deberán poner en práctica para proteger a los residentes del lugar de los efectos potencialmente nocivos de los cables de alta tensión y de la subestación transformadora en cuestión.

En otros casos, los jueces han citado al principio precautorio para detener determinadas actividades antes del inicio de su ejecución. En "Villivar", tanto para el Juzgado de Primera Instancia como para la Cámara de Apelaciones de Esquel, provincia del Chubut, el principio precautorio fundó su decisión de aplicar una medida cautelar que dispuso de manera urgente la paralización de toda obra, acto o hecho a ejecutarse en el emprendimiento minero que se llevaría adelante en el Cordón Esquel, hasta tanto el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental sea completado de acuerdo con la legislación vigente en la provincia, teniendo en cuenta que estos trabajos podrían afectar al ambiente, la diversidad y la salud humanas.

En el mismo sentido, y fundando su decisión en la Convención sobre Diversidad Biológica, en el año 2003 el Juzgado de Instrucción n. 3 de Paraná, provincia de Entre Ríos, en el caso "Verzeñassi" decidió no aplicar el decreto que autorizaba la utilización del bosque nativo provincial y revocaba la declaración de emergencia ecológica, social y productiva del mismo. El pronunciamiento del juez plantea principalmente la necesidad de analizar en forma previa a cualquier tipo de acción las consecuencias de los permisos y prohibiciones que se requieran para el área, que se precisen sus alcances y se dicten normas —permanentes o transitorias— que cumplan la finalidad legal contenida en el art. 41, CN, y en la LGA, asegurando una adecuada y suficientemente preservación de los bosques nativos. El fallo reconoce la vigencia expresa de los principios que gobiernan la interpretación de la legislación que instrumenta políticas ambientales, en particular los principios de prevención, precautorio y de sustentabilidad, del art. 4° de la LGA.

El principio fue utilizado en la mayoría de las resoluciones judiciales para fundar las decisiones junto con otros principios del derecho ambiental. Los jueces tienden a unir la prevención y la precaución como un tándem con el objeto de actuar sobre los posibles daños inciertos hasta cubrir el daño probable futuro. Otros principios que acompañan este tándem son el de responsabilidad por daño ambiental, el derecho a un ambiente sano, a la salud y la sustentabilidad.

La aplicación del principio de prevención junto con aquellos mencionados previamente juega a favor de la consolidación de la aplicación del principio precautorio. Por ejemplo, y aun cuando no fue aplicado explícitamente el principio precautorio, en el caso "Ancore" la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha ratificado las decisiones de los tribunales inferiores que sostenían la constitucionalidad de una resolución de la Municipalidad de Daireaux que prohi-

bía actividades de *feed lot* dentro de un radio específico y disponía la adecuación de los ya instalados en un plazo determinado. Uno de los fundamentos centrales de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se basó en el mandato constitucional de protección del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y sustentable, y la consecuente prevención del daño ambiental.

Existe diversidad de situaciones y tipos de decisión en las cuales ha sido aplicado el principio precautorio, junto con otras herramientas. En este sentido, pueden encontrarse decisiones judiciales en las que los conceptos que integran al principio son interpretados de diverso modo, lo que puede derivar en decisiones divergentes frente a situaciones similares. Éste es el caso que se observa de la comparación entre el caso "Asociación de Usuarios", ya comentado, con el caso "Castellani". En este último se presentó una medida urgente solicitando la suspensión de la autorización municipal de instalar antenas de telefonía celular en un área determinada, hasta tanto pudiera ser certificado por cuerpos científicos que no existe riesgo a la salud humana y que no se impide el ejercicio del derecho a un ambiente sano. Esta petición, dado que fue rechazada por las instancias anteriores, llegó al Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. La opinión mayoritaria consideró que la evidencia actual no podía confirmar la posibilidad de potenciales riesgos o daños a la salud humana derivados de las radiaciones emitidas por antenas de telefonía celular, siempre que fueran observadas las regulaciones internacionales y nacionales en la materia. Sin embargo, uno de los jueces firmó una opinión en disidencia en la cual aplicó el principio precautorio, considerando la existencia de una falta de certeza respecto de los efectos de las emisiones radioactivas. Es justamente entre la disidencia de "Castellani" y la decisión de la Cámara en el caso "Asociación de Usuarios" donde pueden hallarse similitudes en la aplicación del principio precautorio a la interpretación de la prueba.

No obstante, y dadas las condiciones novedosas en términos jurídicos del principio precautorio, puede concluirse que al presente todas las decisiones forman parte de un proceso de construcción jurisprudencial de una nueva herramienta jurídica. Este proceso se ve fortalecido por la recepción y tratamiento del concepto por las autoridades administrativas, como puede observarse en el caso "Ficchi", una decisión del Juzgado Federal n. 2 de Mar del Plata en la que se deniega una presentación que solicitaba la declaración de inconstitucionalidad y arbitrariedad de una decisión de la SAGPyA que limitaba la capacidad de pesca sobre una especie en peligro fundada en la aplicación del principio precautorio (res. SAGPyA 8/2002). Tal como se comentó en el punto sobre Pesca, la justicia sostuvo la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa.

La precaución como base de decisiones judiciales es una herramienta nueva aplicada a situaciones que luego son analizadas desde diversas ópticas, sobre todo, aquella que —sobre la base de la sustentabilidad considerada por nuestra Constitución Nacional— observa los efectos de las actividades humanas sos-

teniendo que deben adoptarse medidas de protección de los derechos fundamentales, cuando existe un conocimiento insuficiente sobre los resultados de los mismos.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El principio precautorio es parte integrante del sistema legal argentino y se encuentra presente en varias decisiones administrativas y judiciales. Ha sido utilizado y aplicado por distintas oficinas y departamentos de gobierno involucrados en la toma de decisiones ambientales y con facultades sobre la conservación, el medio ambiente y la biodiversidad. Asimismo, es un instrumento reconocido y considerado en diversas jurisdicciones por los jueces.

Sin embargo, y luego del acercamiento a la opinión de las autoridades y el reflejo en cada decisión, pueden establecerse y sintetizarse algunas conclusiones que anhelamos puedan contribuir a una adecuada comprensión del principio en estudio.

Con anterioridad a la inclusión del principio precautorio en las regulaciones nacionales e internacionales, algunas decisiones —como por ejemplo, las que daban sustento a los programas de manejo de recursos naturales— tuvieron como base la evaluación de la realidad del recurso para establecer un uso y conservación adecuados. Esta idea ha sido estudiada en profundidad hasta llegar al principio de precaución y alcanzar un análisis complejo de los efectos de las actividades humanas, a fin de establecer una solución equilibrada a los conflictos que se suscitan entre el desconocimiento de aquellos efectos y la necesidad del ser humano de desarrollarse en un marco de sustentabilidad.

Este principio entonces ha sido incorporado a la legislación argentina, y debe ser aplicado en todo el territorio. Sin embargo, y debido a su carácter de nuevo instrumento jurídico, puede observarse un proceso de construcción, definición y comprensión del principio precautorio por las autoridades, y por los jueces. Luego, la efectiva condición de su aplicación es incierta y aun cuando la totalidad de las autoridades coinciden en su conocimiento y legalidad, no todos los decisores exponen claridad respecto de las condiciones de su aplicación en los hechos.

Como ya se ha mencionado, pueden sintetizarse dos posiciones elementales respecto de la consideración del principio. Una de ellas es receptiva a su aplicación cuando se cumplen las condiciones de falta de certeza o de información, y la otra es reactiva a la aplicación del principio sosteniendo que su uso puede funcionar como una barrera o límite al crecimiento o desarrollo de actividades de trascendencia económica.

Sin embargo, en los hechos, el principio precautorio no ha demostrado funcionar como una barrera o límite general al desarrollo de actividades. Esto demuestra con claridad la necesidad de una definición de los criterios de aplica-

ción del principio precautorio que elimine los posibles preconceptos relacionados al mismo.

Por otro lado, una de las cuestiones más importantes que han podido ser identificadas es que, en algunos casos, es posible resolver un conflicto ambiental a partir de la aplicación del principio precautorio cuando la decisión conlleva la implementación de un estudio de riesgo o de impacto ambiental, o de cualquier investigación que pueda clarificar la falta de certeza o información. En este caso, el principio es aplicado hasta que los resultados de los estudios o investigaciones puedan dar lugar a la adopción de una decisión nueva sobre bases ciertas.

En general, el principio precautorio no se aplica aisladamente. La interacción de este enfoque, junto con el principio de prevención, la sustentabilidad, el derecho a un ambiente sano y la responsabilidad ambiental pueden resultar en la adopción de una decisión más justa y equitativa.

Respecto de la Administración nacional con injerencia en temas ambientales, se ha identificado una estructura dispersa y una ausencia de estrategias políticas coordinadas a largo plazo. Esta dispersión presenta diversas consecuencias, como dificultades para acordar políticas entre los distintos organismos. Asimismo, las diferencias de postura política entre las distintas autoridades frente a la aplicación del principio precautorio complican el escenario de toma de decisión, impidiendo una visión integral de los problemas ambientales, dejando a la interpretación de cada autoridad la opción de aplicar o no el principio precautorio.

El sistema de aplicación y cumplimiento de la normativa, y los mecanismos de control, requieren ser analizados y mejorados, especialmente en lo referente a la implementación del principio precautorio. Asimismo resulta importante contar con mecanismos de evaluación de gestión que contribuyan a brindar sistemas y elementos objetivos a la toma de decisión, tales como un sistema de indicadores de aplicación y cumplimiento de la normativa referida a la protección y conservación del medio ambiente en el país.

Se puede observar el inicio de un cambio de paradigma en el análisis del daño y de la evidencia, así como también de la distribución de las cargas probatorias. La construcción del concepto precautorio y la aplicación del principio por parte de las autoridades administrativas son fundamentales, dada la inmediatez de las funciones administradoras del Poder Ejecutivo en variadas cuestiones con injerencia en la protección del medio ambiente. En tal sentido, la contribución de las decisiones judiciales a este proceso de construcción conceptual es trascendental para la misma Administración Pública.

En todos los casos, los presupuestos mínimos generales han ordenado un marco que debe ser aplicado en los procesos de toma de decisión. Las autoridades tienen a su alcance una herramienta que se desprende del mandato constitucional de preservar el medio ambiente y de la concepción de desarrollo sustentable, la que además de ser imperativa, representa una solución legislativa a

conflictos cotidianos, junto con otros instrumentos legales disponibles en la LGA.

Si bien representa una tarea ardua y una labor cotidiana, el incremento en cantidad y calidad de decisiones que apliquen preceptos legales como el principio precautorio, redundará en el fortalecimiento y la confiabilidad de las instituciones y de la Justicia, y en la construcción de un marco institucional sólido en aras del logro del desarrollo sustentable.

V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

Publicaciones consultadas

ANDORNO, Roberto (2003), "Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio", JA 2003-III-962/970, Doctrina.

BEC, E. R. F. - HORACIO, J. (2004), "Los 12 problemas ambientales que más preocupan a las empresas", *Gerencia Ambiental*, año 11, nro. 107, ps. 417-420.

COONEY, R. (2003), "The precautionary principle and Parks Management: science, uncertainty, communities and conservation", Report of panel discussion at the IUCN Worlds Parks Congress, September 2003, Durban South Africa.

COONEY, R. (2004), *The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resource Management: An Issues Paper for Policy-makers, Researchers and Practitioners*, IUCN Policy and Global Change Series nro. 2, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK.

DANERI, J. (2004), "El principio precautorio y las plantas de celulosa en la cuenca del río Uruguay", *Suplemento de Derecho Ambiental*, FARN - La Ley, año XI, nro. 1

DI PAOLA, M. E. - KRAVETZ DIEGO, G., "Invasive Alien Species: Legal and Institutional Framework in Argentina", in MILLER, M. L. - FABIAN, R. N. (eds.), *Harmful Invasive Species: Legal Responses*, Environmental Law Institute, ps. 71-87.

ESTRADA OYUELA, R. - AGUILAR, S. (2003), "El principio o enfoque precautorio en el derecho internacional y en la Ley General del Ambiente", *Suplemento de Derecho Ambiental*, FARN - La Ley, año X, nro. 4.

FARN - IUCN (2004), *Minimum Standards of Environmental Protection - Recommendations for their implementation*, FARN and IUCN, Buenos Aires.

GOLDENBERG, I. - CAFFERATTA, N. A. (2002), *El principio de precaución*, JA IV-1442 a 1456.

IRIBARREN, F. - LICHTSCHEIN, V. (2004), *Ley de Conservación de la Fauna Comentada*, Centro de Estudios sobre Agricultura y Recursos Naturales (CEARN), Buenos Aires.

JULI, A. - BIRCHALL, N. (2002), "Case Notes on Spray-Tech v. Hudson (Ville)", *Reciel*, 11 (1), p. 104-106.

ORONA, C. F. - GIARDINA, E. B. - CIMATO, M. del P. (2003), "Viabilidad de la

aplicación del principio de precaución en nuestra actividad jurisdiccional y como elemento integrante del proceso de toma de decisiones”, *Suplemento de Derecho Ambiental*, FARN - La Ley, año X, nro. 5.

Precautionary Principle Project (2004), Workshop Final Report, “Managing Uncertainty: Risk and the precautionary principle in biodiversity conservation and sustainable use”, held as part of the Fourth Regional Session for Africa of the Global Biodiversity Forum, Southern and Eastern Africa, Tanzania, 9-11 June 2004.

Precautionary Principle Project (2004), Workshop Final Report, “The precautionary principle in natural management and biodiversity conservation”, held as part of the Fourth Regional Session for Asia of the Global Biodiversity Forum, Southeast Asia, Manila, The Philippines, 20-23 June 2004.

VON MOLTKE, K. - RYAN, D. (eds.) (2001), “Medio ambiente y comercio: el caso Mercosur y los principios de Winnipeg”, Informe de trabajo, División de Medio Ambiente, Departamento de Desarrollo Sostenible, Banco Interamericano de Desarrollo.

SANDS, P. (1995), *Principles of Environment International Law*, 1st. edition, Manchester University Press, Manchester and New York.

SCHOLTZ, W. (2002), “The Precautionary Principle and International Trade: Conflict or Reconciliation?”, *SAJELP*, 9, 163-175.

SEGGER, M.-C. - BORREGAARD, N. - MINDAHI, B. - MUÑOZ, S. - SALVADOR, D. (2003), *Social Rules and Sustainability in the Americas*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg.

WANHUA, Y. (2002), “Environmental Provisions in the WTO Agreements and their Implications”, *Reciel*, 11 (3), ps. 314-327.

Casos judiciales

“Almada, Hugo v. Copetro SA y otros, y sus acumuladas: Iruzu, Margarita v. Copetro SA y otro; Klaus, Juan v. Copetro SA y otro”, iniciado en 1993. Decisión de la Cámara de Apelaciones 1ª Civ. y Com. La Plata, sala III, 9/2/1995.

“Verzeñassi, Sergio Daniel y otro v. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/acción de amparo ambiental”, Juzgado de Instrucción n. 3 de Paraná, Entre Ríos, 3/6/2004.

“Figueroa, Eusebio Sebastián y otros s/amparo”, Cámara Laboral, de Apelaciones y en lo Contencioso Administrativa de Cipolletti, Río Negro, 8/7/2004.

“Barragan, José Pedro v. GCBA y otros s/amparo ambiental”, Primera Instancia / Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributaria - II - Ciudad de Buenos Aires, 2003.

“Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes v. ENRE - Edesur s/cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - II - Buenos Aires, 8/7/2003.

“Villavar, Silvana Noemí v. Provincia del Chubut y otros s/amparo”, Primera Instancia / Cámara de Apelaciones Esquel - Chubut, 25/4/2003.

“Ancore SA v. Municipalidad de Daireaux”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19/2/2002.

“Castellani, Carlos Edgardo y otros - Acción de amparo - Apelación - Recursos de casación e inconstitucionalidad”, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, 3/11/2003.

“Ficchi, Francisco José v. SAGPyA s/amparo”, Juzgado Federal n. 2, Secretaría 1ª, Mar del Plata, Buenos Aires, 11/8/2003.

“Werneke, Adolfo y otros v. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo - Med. cautelar s/incidente de apelación”, Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, sec. 1, 17/2/2005.

“Cabral, Antonio y otros v. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo”, Juzgado Federal n. 2, Secretaría n. 5, Mar del Plata, Buenos Aires, 12/8/2004.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA AMBIENTAL EN LA ARGENTINA ¹

por ANDRÉS M. NAPOLI *

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años comenzó a surgir cierto interés de la ciudadanía por acceder a la información que se encontraba en poder de los gobiernos. Este conocimiento se insinuaba como necesario, tanto para lograr el desarrollo autónomo de la vida privada, como para incidir en los procesos de toma de decisiones en el ámbito de lo público ².

Surge de esta manera el derecho de acceso a la información, el cual permite a los ciudadanos la posibilidad de solicitar al Estado el otorgamiento de determinada información, que puede resultar de interés del peticionante y que no haya sido clasificada legalmente como reservada ³.

La información es una herramienta de fundamental importancia con la que cuentan los ciudadanos para hacer efectivo el mandato de protección ambiental, que les confiere el art. 41, que consagra el derecho de toda persona a un ambiente sano y equilibrado, junto al deber correlativo de preservarlo.

Pero la característica fundamental de la información es que además de su valor propio o intrínseco, puede ser también utilizado, entre otras cuestiones, como un medio para el ejercicio de otros derechos, o para llevar a cabo la fiscalización y el control institucional y también poder ejercer el derecho a participación pública.

¹ El autor agradece muy especialmente a los Dres. Daniel Perpiñal y Juan Martín Vezzulla por la colaboración prestada para la realización de este artículo.

* Master en Derecho Ambiental, Universidad de País Vasco y de la Sociedad de Estudios Vascos (España) y Director del Área de Participación Ciudadana de la FARN.

² SABA, Roberto P., "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno", seminario "Access to information in the Americas", Inter American Dialogue, ADC - CELS, working paper, 2002, p. 1. Disponible en www.adc.org.ar

³ SABSAY, Daniel - TARAK, Pedro, "El acceso a información pública, el ambiente y el desarrollo sustentable", Manual nro. 3, FARN, 1997.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

A los fines de la comprensión de este derecho es necesario hacer algunas distinciones conceptuales. En primer lugar, el libre acceso a la información no es el equivalente a la "publicidad de los actos de gobierno". Éste es uno de los principios básicos del sistema republicano y su contenido está dado por la obligación del Estado de dar a conocer sus propias decisiones: leyes, reglamentos, resoluciones, etc. El libre acceso a la información, en cambio, es el derecho de cualquier persona a acceder a información pública seleccionada por el propio interesado⁴.

El fundamento teórico para acceder libremente a la información se basa en la naturaleza pública de la misma. Se trata de información relevante a la vida y a las decisiones que afectan a la comunidad en su conjunto. En general, este derecho se circunscribe a la información administrada por el Estado, pero puede incluir información privada de naturaleza pública; tales son los casos, por ejemplo, de información de empresas prestadoras de servicios públicos o de industrias riesgosas.

En segundo lugar, es necesario diferenciar conceptualmente, aun cuando estén operativamente relacionados, el libre acceso a la información del deber del Estado de generar y ofrecer información. En este caso, estamos ante una obligación del Estado de producir cierto tipo de información, la cual también es de naturaleza pública, y difundirla. Esto es objetivamente distinto al derecho de una persona de acceder a información administrada por el Estado⁵.

En síntesis, el ejercicio del derecho implica la posibilidad del ciudadano de acceder a los datos de carácter público que requiera, sin necesidad de invocar interés particular o legítimo y que obliga al Estado o a los particulares especialmente obligados a facilitarlos, sin que pueda imponerse restricción o negativa, salvo las comprendidas en las excepciones regladas.

Este derecho incluye el acceso a la documentación integrada por los expedientes públicos, minutas de reuniones, correspondencia, dictámenes técnicos, estudios científicos o a cualquier documentación financiada por los presupuestos públicos y todo aquello que mediante norma se instituya⁶.

Asimismo, abarca la información sobre políticas, programas, planes y proyectos, sobre las diversas instancias de la toma de decisiones y de las instancias de participación pública que se establezcan.

⁴ RYAN, Daniel, "Democracia participativa, ambiente y sustentabilidad". "Ecología de la información: escenarios y actores para la participación en asuntos ambientales", FLACSO/Chile - Nueva Sociedad, 2001.

⁵ RYAN, Daniel, *op. cit.*

⁶ DI PAOLA, María Eugenia - OLIVER, Fabiana, "Autonomía municipal y participación pública. Propuestas para la provincia de Buenos Aires", FARN, Buenos Aires, 2002, p. 21.

La consagración del acceso a información como un derecho es un dato relativamente reciente en los distintos ordenamientos jurídicos. Ello en gran parte se ha debido a la actuación de los movimientos ambientalistas, quienes advirtieron que el ejercicio del derecho a acceder a la información era de fundamental importancia para poder llevar a cabo su labor de control de la actividad pública o privada, que pudiera poner en riesgo la existencia de un medio ambiente sano ⁷.

Uno de los primeros antecedentes en la materia lo constituye la *Freedom of Information Act* (FOIA), sancionada en los Estados Unidos en 1966, que consagra el derecho de toda persona a acceder a la información que obre en poder de las agencias gubernamentales. Asimismo, impone al gobierno la obligación de poner a disposición una serie de documentos específicamente enumerados, como así también las instrucciones dadas al personal de las distintas agencias y que puedan afectar a los administrados.

La Argentina ha tenido una evolución disímil en este sentido; varias constituciones provinciales han reconocido este derecho en sus textos, como ha sucedido con las provincias de Buenos Aires y de Chubut, mientras que no ha ocurrido lo propio con el texto nacional. En efecto, la Carta Magna carece de cláusulas que de manera expresa reconozcan el derecho de acceso a información pública a favor de los ciudadanos ⁸, aun cuando cuenta con previsiones que posibilitan su ejercicio y que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos del art. 75, inc. 22 ⁹.

No obstante ello, en varios de sus artículos asigna obligaciones específicamente relacionadas con la información ¹⁰, tal como sucede con la temática ambiental. En este sentido, el art. 41 impone a las autoridades "el deber de proveer información ambiental", lo cual obliga al Estado a hacer conocer la información ambiental de carácter público que se encuentre en su poder ¹¹.

⁷ SABA, Roberto, *op. cit.*

⁸ Lo ha establecido únicamente de manera expresa en beneficio de los partidos políticos, por vía del art. 38. Ver "El acceso a la información y la participación pública. Actualidad del Principio 10 en la Argentina", FARN- AMEAI-CEDHA, 2005.

⁹ Nos estamos refiriendo específicamente a la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", la "Convención Americana sobre los Derechos Humanos" y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", las que de diferente manera reconocen el derecho que asiste a todos los ciudadanos de acceder a información que sea considerada como pública.

¹⁰ Lo mismo sucede en el caso de consumidores y usuarios. Sobre el particular ver: MARTÍN, Santiago J., "El derecho de libre acceso a la información pública", *Derecho Ambiental. (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Eduardo P. Jiménez (coord.), Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 330.

¹¹ VALLS, Mariana, *Derecho ambiental*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

En virtud de este mandato "el Estado asume los deberes de procesar la información que disponga y difundir la información acumulada y actualizada, todo ello de modo eficaz y constante"¹².

En síntesis, el deber de las autoridades no se limita a recolectar datos y proporcionar la información que disponga, sino que el mismo es mucho más integral, en tanto debe procesarla y ordenarla para facilitar su conocimiento a los particulares.

III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho en estudio ha evolucionado notablemente en los últimos años, fundamentalmente a partir de la sanción de las leyes 25.675 y 25.831, que específicamente regulan el acceso a información pública, pero limitado a la materia ambiental, a las que más adelante nos referiremos.

Fuera de la temática específicamente ambiental, el Poder Ejecutivo ha sancionado el dec. 1172/2003, que hace lo propio respecto de la información en poder de la Administración Pública nacional y las empresas prestadoras de servicios públicos¹³.

No obstante ello, es necesario destacar que no se ha sancionado aún una ley que establezca el derecho de acceso a información pública de carácter general, aunque existe en el Congreso un proyecto de ley, que cuenta con media sanción de ambas Cámaras, pero que no ha logrado suscitar el consenso necesario para lograr su sanción definitiva¹⁴.

A. El acceso a la información en la Ley General del Ambiente

La ley 25.675 (LGA) es una ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, que ha sido sancionada en virtud del mandato contenido en el tercer párrafo del art. 41, CN. Reúne en su texto los aspectos básicos de la política ambiental nacional y cuenta con varias disposiciones en materia de acceso a información pública.

En primer lugar, el art. 16 reconoce de forma expresa el derecho de todos los habitantes a solicitar y recibir información pública ambiental que no se encuentre contemplada como reservada, disposición que complementa el mandato establecido en el segundo párrafo del art. 41, CN. El sujeto pasivo de la obli-

¹² BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 235.

¹³ Sobre el particular ver "El acceso a la información y la participación pública. Actualidad del Principio 10 en la Argentina", *op. cit.*

¹⁴ Las reformas introducidas por el Senado al proyecto originariamente votado por la Cámara de Diputados han sido fuertemente cuestionadas por la mayoría de las ONGs que impulsan la sanción de esta norma. Sobre el particular ver www.adc.org.ar; www.cels.com.ar; www.cippecc.com.ar y www.farn.org.ar.

gación es el Estado nacional y las personas que por vía normativa se establezcan ¹⁵.

Por otra parte, impone a las personas públicas o privadas la obligación de "proporcionar información relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan". Se trata de actividades que se encuentran en la esfera privada, pero cuyas consecuencias pueden afectar al ambiente, lo cual justifica su conocimiento público.

Asimismo se establece un conjunto de obligaciones a cargo de las autoridades, tales como: a) "desarrollar un Sistema Nacional Integrado de Información Ambiental", que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible"; b) proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); y c) elaborar un informe anual acerca del estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales o proyectadas, que deberá ser presentado al Congreso Nacional.

Estas disposiciones conforman las pautas básicas para la construcción de un sistema de información, que es una de los instrumentos fundamentales con que cuenta la autoridad de aplicación para la planificación y el desarrollo de la política ambiental.

Cabe destacar que pese haber transcurrido tres años desde la sanción de la norma citada, ninguno de los mandatos antes mencionados han sido puestos plenamente en vigencia ¹⁶.

B. Régimen de acceso a la información pública ambiental ¹⁷

La ley 25.831 establece los presupuestos mínimos destinados a garantizar el derecho de acceso a la información pública ambiental, tratándose de la primera y única ley vigente, de alcance nacional, destinada a reglar el acceso a la información pública, y que, en consonancia con la LGA, garantiza el derecho a toda persona a acceder a la misma en forma libre y gratuita.

La sanción de la misma, como una norma de presupuestos mínimos, pone en evidencia la importancia que el legislador ha querido otorgarle a la infor-

¹⁵ SABSAY, Daniel Alberto - DI PAOLA, María Eugenia, "La participación pública y la nueva Ley General del Ambiente", ADLA, Boletín Informativo, año 2003, nro. 14, La Ley, Buenos Aires.

¹⁶ Ver "El acceso a la información y la participación pública. Actualidad del Principio 10 en la Argentina", *op. cit.*

¹⁷ Sancionada el 26/11/2003, publicada en el BO el 7/1/2004. No cuenta con reglamentación.

mación ambiental, al situarla en el peldaño más elevado de la jerarquía normativa en la materia, buscando lograr además su aplicación en todo el territorio nacional.

La norma contiene la mayoría de los elementos destinados a garantizar el ejercicio del derecho a solicitar información en poder del Estado y aquéllos dirigidos a garantizar su eficacia¹⁸, entre los que se destacan cuestiones tales como la legitimación para solicitar información, los obligados a proveerla, la delimitación de las excepciones al ejercicio, la responsabilidad de los funcionarios que nieguen el acceso a la información y la posibilidad de recurrir de manera directa a la justicia en los casos de denegatoria de información.

La ley define a la información ambiental como *"toda aquella que se encuentre en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable."*

"En particular: a) El estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; b) Las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente".

El principal sujeto obligado a brindar información es el Estado en sus distintas jurisdicciones (Nación, provincias, municipios y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), como así también en sus diferentes organismos, sean éstos autárquicos y/o descentralizados, y las empresas que tengan a su cargo la prestación de un servicio público.

Tanto la ley 25.831 como la LGA son particularmente importantes desde el punto de vista de su aplicación, en la medida en que, siendo normas de presupuestos mínimos, se aplican en todo el territorio de la Nación, incluidas las provincias y la ciudad de Buenos Aires, quienes, a tales efectos, deberán adecuar sus respectivos ordenamientos normativos.

La obligación de proveer información se sitúa en cabeza de los organismos públicos del Estado, en cualquiera de sus jurisdicciones y de los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean éstas públicas, privadas o mixtas.

La petición de la información será totalmente gratuita, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Sobre el particular la norma aclara que los montos que cada organismo establezca para solventar los recursos utilizados para la entrega

¹⁸ Ver documento titulado "Requisitos mínimos para una Ley de Acceso a la Información Pública", elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Disponible en www.farn.org.ar.

de la información no podrán implicar un menoscabo al ejercicio del derecho conferido ¹⁹.

Esta disposición se complementa con aquellas que tienden a facilitar el adecuado ejercicio del derecho y la accesibilidad del público a la información requerida, razón por la cual no resulta necesario acreditar razones, intereses o exigencias formales para el acceso.

Un punto de particular interés es el referido a las excepciones que vedan el libre acceso a la información requerida. En este aspecto, la norma ha seguido los criterios establecidos por la mayoría de las normas del derecho comparado, impidiendo la libre disposición de información que pueda afectar a la defensa nacional, las relaciones internacionales, o la que fuera clasificada como secreta por las leyes vigentes. La excepción también integra a la información que se encuentre sujeta a algún proceso judicial, o que pueda afectar el secreto comercial, el industrial, la propiedad intelectual, o la confidencialidad de datos de las personas.

En los casos en que se disponga la denegatoria a brindar la información en forma total o parcial, el responsable deberá fundamentar su denegatoria, y en caso de tratarse de una autoridad administrativa, deberá cumplir además con los requisitos de razonabilidad que impone la Ley de Procedimientos Administrativos.

Se establece un plazo máximo de treinta días (hábil administrativos) para resolver las solicitudes de acceso a la información. Dicho plazo resulta más extenso que el establecido en normas de acceso a información pública vigentes en otras jurisdicciones, tales como la ciudad de Buenos Aires que establece un plazo máximo de diez días para la contestación, el cual puede ampliarse por igual término, en el caso en que la complejidad de la información solicitada lo amerite ²⁰.

Sin embargo, la valoración de este plazo deberá relacionarse con el tipo de información y la urgencia que la adquisición de la misma requiera.

En algunos casos, el transcurso del plazo establecido puede transformarse en un importante obstáculo para la tutela efectiva de los derechos. En otros, puede resultar breve, habida cuenta de la complejidad de la información que el solicitante requiera.

No obstante ello, como el objetivo que encarna la ley es dar a publicidad la información que se encuentre en poder del Estado, estimamos que el plazo establecido por la norma resulta suficiente para dar cumplimiento a las solicitudes de información.

¹⁹ Aunque la norma no ha sido reglamentada, queda claro que los costos a los que hace referencia son los vinculados a los elementos materiales que contengan la información requerida. V.gr., copias, soportes magnéticos, etc.

²⁰ Ley 104 de la ciudad de Buenos Aires.

Creemos que en caso de surgir discrepancias respecto de la aplicación de plazos, deberá recurrirse al principio *in dubio pro ambiente* y estarse a los plazos de trámite más breves, en virtud del mandato de protección establecido en el art. 41, CN.

La norma instituye el principio de responsabilidad del funcionario público, estableciendo como infracciones: obstrucción, falsedad, ocultamiento, falta de respuesta en el plazo establecido, denegatoria injustificada a brindar la información solicitada y en general todo acto u omisión que, sin causa justificada, afecte el regular ejercicio del derecho que esta ley establece.

La responsabilidad también se extiende a las empresas de servicios públicos, quienes serán pasibles de las sanciones previstas en las normas o contratos que regulan la concesión del servicio.

Finalmente debemos destacar que siguiendo los modernos criterios establecidos por la "Convención de Aarhus", la norma en comento establece una disposición que posibilita el acceso a la justicia en forma sumarísima, para cualquiera de los casos en que se impida el libre acceso a la información requerida.

En tal sentido, la mayoría de los casos que han requerido la tutela judicial se relacionan con la falta de respuesta a las requisitorias de acceso a información, en los plazos previstos normativamente; vale decir, en casos de mora de la Administración ²¹.

IV. CONCLUSIONES

Las normas comentadas, pese a ser normas de carácter sectorial, implican un notable avance en materia de acceso a la información pública, dado que, junto con el dec. 1172/2003, son los únicos instrumentos legales que consagran este derecho a nivel nacional.

Resultan además particularmente importantes desde el punto de vista de su aplicación en la medida en que, siendo normas de presupuestos mínimos, extienden su vigencia a todo el territorio de la Nación, incluidas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo cuentan, desde el punto de vista estrictamente normativo, con la mayoría de los elementos destinados a garantizar el efectivo ejercicio del derecho a acceder a información, entre los que se destacan:

- La definición del tipo de información que el Estado se encuentra obligado a proveer en materia ambiental.

²¹ Existen numerosos precedentes judiciales que confirman esta hipótesis. Ver casos: "Pampín, Gustavo v. GCBA s/acceso a la información"; "Peña, Hugo v. GCBA s/acceso a la información"; "Mofsovieh, v. GCBA s/acceso a la información"; "Poder Ciudadano v. H. C. Senadores de la Nación s/acceso a la información". Disponibles en www.farn.org.ar/control

- Un criterio amplio de legitimación para el ejercicio del derecho.
- La delimitación precisa de los obligados a proveer la información.
- El establecimiento de un procedimiento específico, con plazos claramente determinados, que contribuye a evitar la discrecionalidad en el otorgamiento de información solicitada y brinda seguridad jurídica respecto del cumplimiento del derecho en sede administrativa o judicial.
- La determinación taxativa y acotada de las excepciones que limitan el libre acceso a la información.
- Un sistema de responsabilidad para los funcionarios que nieguen el acceso a la información.
- La posibilidad de recurrir de manera directa a la Justicia en los casos de denegatoria de información.

Sin embargo, somos conscientes de que la sanción de un conjunto de instrumentos legales no es de por sí suficiente para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información, en la medida en que no se vean acompañados por una política de gobierno en tal sentido. Y ello es una asignatura todavía pendiente en la Argentina.

EL CONTROL DE LA OBSERVANCIA O CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES INTERNACIONALES

por RAÚL A. ESTRADA OYUELA *

Existe en la comunidad internacional organizada una clara tendencia a reforzar los acuerdos ambientales multilaterales con sistemas de control de su observancia o cumplimiento¹, orientados a facilitar la satisfacción de los compromisos contraídos y en los cuales en varios casos también se ha procurado incluir un segundo segmento diseñado para imponer el cumplimiento de esas obligaciones². Estos sistemas no sustituyen los procedimientos de solución de controversias, que son el recurso tradicional de las partes para resolver disputas relacionadas con el cumplimiento de acuerdos internacionales y crean la posibilidad de evitar la confrontación bilateral, eludir el requisito de la aceptación explícita de alguno de los procedimientos de solución de controversias y evitar a las partes que objetan el comportamiento de otras, la carga de asumir individualmente los esfuerzos y costos procesales de un contencioso porque éstos se diluyen en lo que es propio del funcionamiento multilateral del régimen. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio constituyen dos regímenes con muy importantes componentes ambientales en los que se ha procurado adecuar y perfeccionar el sistema de solución de controversias entre las partes, sin instaurar mecanismos de control de la observancia. Además, debe señalarse que junto con la introducción de

* Embajador Representante Especial para Asuntos Medioambientales Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

¹ La literatura generalmente usa "cumplimiento", cuya definición en la 22ª ed. del *Diccionario de la Real Academia Española* es "acción y efecto de cumplir o cumplirse", pero me parece que "observancia" refleja mejor el sentido de lo que se pretende proteger, ya que su definición en la misma edición del *Diccionario* es "cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla". Además, "observancia" es la palabra que usa la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Hice una observación similar con "sostenible" y "sustentable" (ver *Derecho ambiental internacional*, AZ Editora, Buenos Aires, 1993, p. 21), pero la Academia modificó las definiciones y en las versiones actuales "sostenible" tiene el sentido correcto y "sustentable" tiene una connotación diferente. No tentaré la suerte por segunda vez y usaré ambos vocablos como sinónimos, pero ya queda expresada mi preferencia.

² En inglés, que es hoy el lenguaje de las negociaciones multilaterales, se usa el vocablo *enforcement* que implica coacción.

EL CONTROL DE LA OBSERVANCIA O CUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES INTERNACIONALES

por RAÚL A. ESTRADA OYUELA *

Existe en la comunidad internacional organizada una clara tendencia a reforzar los acuerdos ambientales multilaterales con sistemas de control de su observancia o cumplimiento¹, orientados a facilitar la satisfacción de los compromisos contraídos y en los cuales en varios casos también se ha procurado incluir un segundo segmento diseñado para imponer el cumplimiento de esas obligaciones². Estos sistemas no sustituyen los procedimientos de solución de controversias, que son el recurso tradicional de las partes para resolver disputas relacionadas con el cumplimiento de acuerdos internacionales y crean la posibilidad de evitar la confrontación bilateral, eludir el requisito de la aceptación explícita de alguno de los procedimientos de solución de controversias y evitar a las partes que objetan el comportamiento de otras, la carga de asumir individualmente los esfuerzos y costos procesales de un contencioso porque éstos se diluyen en lo que es propio del funcionamiento multilateral del régimen. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio constituyen dos regímenes con muy importantes componentes ambientales en los que se ha procurado adecuar y perfeccionar el sistema de solución de controversias entre las partes, sin instaurar mecanismos de control de la observancia. Además, debe señalarse que junto con la introducción de

* Embajador Representante Especial para Asuntos Medioambientales Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

¹ La literatura generalmente usa "cumplimiento", cuya definición en la 22ª ed. del *Diccionario de la Real Academia Española* es "acción y efecto de cumplir o cumplirse", pero me parece que "observancia" refleja mejor el sentido de lo que se pretende proteger, ya que su definición en la misma edición del *Diccionario* es "cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla". Además, "observancia" es la palabra que usa la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Hice una observación similar con "sostenible" y "sustentable" (ver *Derecho ambiental internacional*, AZ Editora, Buenos Aires, 1993, p. 21), pero la Academia modificó las definiciones y en las versiones actuales "sostenible" tiene el sentido correcto y "sustentable" tiene una connotación diferente. No tentaré la suerte por segunda vez y usaré ambos vocablos como sinónimos, pero ya queda expresada mi preferencia.

² En inglés, que es hoy el lenguaje de las negociaciones multilaterales, se usa el vocablo *enforcement* que implica coacción.

estos mecanismos de control, frecuentemente se procura crear regímenes específicos de responsabilidad vinculados con la materia que regulan los acuerdos.

Desde el punto de vista político se observa que esta tendencia es postulada fuertemente por algunos gobiernos durante la negociación y ejecución de los acuerdos ambientales multilaterales. La preocupación que los mueve puede explicarse porque el derecho internacional es un sistema descentralizado y las normas que se proponen, más que codificar, innovan. En efecto, los acuerdos ambientales tienden a modificar prácticas inveteradas que se consideran contrarias a la mejor racionalidad ambiental. Inevitablemente, la negociación confronta a los defensores del *statu quo* con quienes procuran modificarlo, y en consecuencia queda subyacente en estos últimos un rescoldo de suspicacia que impulsa a buscar reaseguros.

No hay alineamientos automáticos en estos asuntos y las posiciones se adoptan según la materia que se regula y el interés específico de cada gobierno en el tema. Por ejemplo, los residuos peligrosos y los metales pesados convocan afinidades diferentes que la atmósfera y la diversidad biológica. En el campo de las respectivas políticas internas de los Estados por lo general las propuestas están impulsadas por partidos "verdes" que integran coaliciones de gobierno en regímenes parlamentarios y tienen el apoyo de sectores de la sociedad civil, particularmente de las organizaciones ambientalistas no gubernamentales, que muchas veces adoptan actitudes militantes.

Acuerdos con "dientes"

La Declaración de los Ministros de Ambiente de Europa adoptada el 30 de abril de 1993 exhorta a cooperar para el establecimiento de regímenes de control de la observancia que sean transparentes y eviten la confrontación y la complejidad³. Es frecuente que estas iniciativas encuentren renuencia y hasta oposición en algunos países industrializados no europeos. Mucho más cuando las iniciativas incursionan en el elemento de imposición del cumplimiento antes señalado.

Este propósito de dotar a los acuerdos ambientales multilaterales con "dientes" que garanticen su cumplimiento, porque se imagina o sospecha de que la palabra empeñada podría sucumbir ante hábitos arraigados con mucha fuerza. El razonamiento en realidad es contrario a la verdad tautológica de que los Estados están dispuestos a cumplir los compromisos que ratifican porque sólo se comprometen a lo que están dispuestos a cumplir. Asimismo, los Estados sólo aceptan controles de observancia que se ajusten a sus propias políticas e instituciones de modo que resulta ilusorio pretender que un gobierno se someta a un régimen de sanciones externas que sus instituciones no admiten.

³ Conferencia de Lucerna, 28 al 30 de abril de 1993, organizada por las Naciones Unidas, Comisión Económica para Europa.

Recuerdo el rechazo descarnado de las iniciativas para imponer penalidades a los Estados por actos de sus súbditos en las negociaciones que precedieron a la adopción del Protocolo de Kyoto. Brasil había propuesto, en un proyecto de protocolo estructuralmente diferente al que finalmente se aprobó, una multa de 10 dólares por cada tonelada de CO₂ o su equivalente en otros gases que deberían pagar los Estados que excedieran los límites de emisión acordados. Aunque la propuesta integral de Brasil no se consideró, este punto específico de la multa fue acogido por varias delegaciones con la idea de alimentar un *fondo de desarrollo limpio*, que China había propuesto antes como *fondo verde* y cuyos recursos en el proyecto brasileño debían destinarse a los países en desarrollo con mayores emisiones (China, India y Brasil). Durante una consulta informal limitada que se realizó en Tokio semanas antes de la Conferencia en Kyoto, el entonces jefe de la delegación de Estados Unidos, T. Wirth, le dijo a la delegación brasileña, con todas las letras, que jamás el gobierno de los Estados Unidos tomaría el compromiso de pagar eventuales multas, mucho menos por actos de sus súbditos, sean éstos personas reales o jurídicas. Como transacción sugirió que si los países en desarrollo querían obtener recursos financieros de esos excesos, los particulares podrían pagar por adelantado a los países en desarrollo para excederse en sus límites. De allí surgió el mecanismo de desarrollo limpio ⁴, que dos meses más tarde en Kyoto fue una sorpresa para muchos.

Es cierto, sin embargo, que en ciertos pasos de los procesos de negociación, y mientras predomina la gestión de representantes del "sector ambiental" de los distintos gobiernos, puede haber una tendencia a imponer una política interna desde un compromiso internacional. Se trata generalmente de iniciativas y posiciones de funcionarios que no han logrado avanzar sus propuestas internamente y procuran consolidarlas desde afuera en un compromiso internacional para imponerlas luego en el ámbito nacional. Una muestra clásica de estas diferencias son las posiciones del Consejo de Ministros de Ambiente de la Unión Europea, generalmente más avanzadas que las decisiones que finalmente se toman en las reuniones de jefes de gobierno de la Unión. Lo habitual es que estas posiciones más avanzadas que las políticas nacionales se moderen en las etapas finales de la negociación y en el proceso previo a la aprobación nacional del acuerdo.

Por otra parte, estos acuerdos se negocian en conferencias donde, para decirlo de una manera amable, no abunda la ciencia del derecho ni predominan los mejores criterios jurídicos. Entre los negociadores suele haber delegados voluntarios de formación diversa, que se unen a quienes piensan como ellos y forman un microclima donde se convencen que es posible establecer mecanismos coercitivos cuasijudiciales para asegurar las conductas de los Estados, amenazándolos con la imposición de sanciones. Tengo muy clara en mi memoria

⁴ ESTRADA OYUELA, R. A., "First Approaches and Unanswered Questions", en *The Clean Development Mechanism*, United Nations Publications, Nueva York, 1998.

la ocasión en que hablando de los límites de lo posible con un colega prestigioso que propiciaba sanciones pecuniarias para los Estados cuyos súbditos incumplieran una convención, y ante mi insistencia en limitarnos a construir sobre lo que ya había sido aceptado en otros tratados, me respondió con euforia que estábamos "empujando el límite del derecho internacional". Contesté que, como burócrata que debe informar y rendir cuentas, prefería trabajar dentro de esos límites.

Proliferación de *regímenes jurídicos* y la descentralización del derecho internacional

Las consideraciones políticas precedentes no deben ocultar que también hay elementos de naturaleza jurídica que nutren la tendencia a establecer sistemas de control de la observancia o cumplimiento. Uno es la proliferación reciente de numerosos *regímenes jurídicos* sectoriales, y la segunda es la descentralización propia del derecho internacional.

Los tratados internacionales fueron durante mucho tiempo instrumentos para arreglos bilaterales de naturaleza política o comercial, con un plazo de duración muchas veces renovable, la posibilidad de enmiendas y un sistema acordado para la solución de las controversias que pudieran presentarse en su aplicación. Más tarde aparecieron los acuerdos regionales. Otro tipo de tratados fue haciéndose más frecuente en el siglo XX, particularmente después de la Primera Guerra Mundial. En ellos se ve más clara la decisión de los gobiernos de hacer esfuerzos conjuntos de cooperación para el bien común. Los acuerdos que establecen estos regímenes han proliferado y establecen una trama compleja donde se toman decisiones vinculadas con su implementación.

Los convenios ambientales multilaterales pertenecen a esta categoría reciente, crean secretarías permanentes y conferencias periódicas con sus órganos subsidiarios y ello se ha constituido en una característica específica de estos acuerdos. También tienen duración ilimitada y suelen prever que serán completados con protocolos subsidiarios que contendrán disposiciones de implementación más específicas que los tratados fundacionales, sean éstos de carácter general o simples acuerdos marco⁵, todo lo cual induce a un ejercicio de negociación continua⁶.

Este tipo de tratados que en las últimas décadas ha venido adoptando la comunidad internacional organizada, en realidad crean *regímenes jurídicos*. En

⁵ Puede decirse que el Convenio de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono es un acuerdo marco, mientras que las convenciones sobre la biodiversidad y el cambio climático son tratados de carácter general porque contienen obligaciones, aunque el nombre de este último contenga la palabra "marco", que fue introducida por Estados Unidos al final de la negociación por cuestiones de imagen.

⁶ ESTRADA OYUELA, R. A., *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, AZ Editora, Buenos Aires, 1993, p. 21.

algunos pocos casos estos regímenes llegan a constituirse en organismos especializados de la organización de las Naciones Unidas, pero en su gran mayoría quedan en un estado inmediatamente inferior pero muy activo, generalmente con un vínculo umbilical con la Secretaría General de las Naciones Unidas, directamente o a través de alguno de sus programas. Esos regímenes son "conjuntos de principios implícitos o explícitos, normas, reglamentos y procedimientos para la adopción de decisiones, alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área dada de las relaciones internacionales" según la descripción de Stephen D. Karsner ⁷.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define el tratado, cualquiera sea la denominación que se le dé, como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional" (art. 2.1.a). Pero esa definición fue establecida solamente a los fines de la propia Convención de Viena y no niega que haya otros tratados (art. 3°). Estas otras variedades integran los conjuntos que constituyen los *regímenes jurídicos* antes descritos. Por ejemplo, los memorandos de entendimiento pactados entre las conferencias de algunos convenios ambientales y el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF en inglés o FMAM según la menos usadas siglas en español) son parte de esos regímenes y sirven para satisfacer, instrumentar y moderar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Parte en las convenciones.

Estos *regímenes jurídicos* no son exclusivos de los temas ambientales y también aparecen en otras disciplinas como el comercio de ciertos productos básicos o *commodities*, las zonas de libre comercio, los mercados comunes, la integración económica regional, la producción y el comercio de misiles, la protección de los derechos humanos. Los *regímenes jurídicos* más notables en materias ambientales se refieren a la biodiversidad, a la protección de las especies en peligro de extinción, a la capa de ozono, a las aves migratorias, al clima, a los contaminantes orgánicos persistentes, al comercio de químicos peligrosos y al transporte transfronterizo de residuos peligrosos ⁸.

En estos regímenes, que imponen una interacción constante entre las partes, es donde se han desarrollado criterios de control de la observancia de los tra-

⁷ KRASNER, Stephen D., *International Regimes*, Cornell University Press, 1983.

⁸ Aunque esto puede ser en parte consecuencia del vicio burocrático de crecer y expandirse, cuando ingresé en la Cancillería hace cuarenta años teníamos una Dirección General de Organismos Internacionales, dentro de la cual un Departamento de Organismos Especializados y Conferencias que se ocupaba de las agencias de la ONU y de las conferencias especializadas. Hoy tenemos además direcciones generales para asuntos ambientales, derechos humanos, derechos de la mujer, y asuntos nucleares y desarme, además de direcciones que se ocupan de los regímenes sobre drogas y del terrorismo, naturalmente separadas de las direcciones que se ocupan de la integración y de las conferencias hemisféricas promovidas por EE.UU. o latinoamericanas promovidas por España y Portugal.

tados. Generalmente requieren que los gobiernos presenten comunicaciones periódicas sobre el cumplimiento de sus obligaciones o informen puntualmente cuando realicen algunos actos restringidos o regulados por los tratados. La regularidad y puntualidad de los informes es una materia para controlar, mucho más la veracidad de su contenido. Allí germina la semilla del sistema de control.

Por otra parte, la descentralización propia del derecho internacional produce gran desencanto en la opinión ingenua que busca en la comunidad internacional organizada el Poder Legislativo y el Poder Judicial que son presencias familiares en el orden nacional. La situación, en consecuencia, no es comparable a la que se presenta en el derecho interno y que ha sido adecuadamente considerada en conferencias organizadas por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales⁹. Aquella misma opinión ingenua no busca el "Poder Ejecutivo" de la comunidad internacional, pero en todo caso la ausencia de un legislador con competencia para dictar normas y jueces con imperio para imponer la ley internacionalmente mueve a reclamar mecanismos capaces de completar la coerción del derecho internacional, imponiendo sanciones y haciendo efectivas responsabilidades patrimoniales. Las sanciones internacionales que se puedan imponer a los Estados no son en sí mismas la materia de este trabajo. La Carta de las Naciones Unidas prevé para ciertos casos la imposición de sanciones en situaciones graves de una categoría distinta que el incumplimiento de los tratados que estamos discutiendo.

La responsabilidad del Estado

En la aplicación de las regulaciones de naturaleza ambiental se pueden concebir casos de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos como el incumplimiento de las obligaciones de comportamiento o la omisión de prevenir un acontecimiento que podría ocurrir. Los Estados también pueden producir ilícitos de más clara tipicidad por el incumplimiento de las obligaciones de resultado que contienen algunos tratados. Los protocolos que han establecido objetivos concretos como el de Montreal sobre la eliminación de sustancias que deterioran la capa de ozono o el de Kyoto que impone topes a las emisiones de gases de efecto invernadero, contienen obligaciones de resultado que pueden dar lugar a ilícitos claros. Pueden plantearse también casos de responsabilidad ambiental de los Estados por actos lícitos cuando sus actividades implican determinado grado de riesgo y efectivamente producen un daño de cierta magnitud. La proyectada instalación de dos plantas productoras de pulpa de madera para la fabricación de papel en la margen izquierda del Río Uruguay es una decisión irregular porque no cumplió con las consultas estipuladas en el Estatuto del Río Uruguay, pero

⁹ 1ª Conferencia Internacional sobre Aplicación e Incumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, Buenos Aires, mayo 2002, y Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, Buenos Aires, septiembre 2003.

además significa autorizar una actividad que implica riesgos ambientales que si se produjeran y resultaran graves, podrían generar responsabilidad del Estado que autorizó dicha instalación ¹⁰.

Mucho se ha elaborado y escrito en materia de responsabilidad internacional de los Estados, y en este campo tienen singular valor los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, tanto en lo que condicionan del derecho existente, como en lo que proponen para avanzar sobre responsabilidad. El doctor Julio Barboza tiene una excelente descripción de esta temática en su obra ¹¹.

Un claro ejemplo de las dificultades que existen para poner en vigor disposiciones sobre responsabilidad de los Estados es el Protocolo de Basilea sobre Responsabilidad y Compensación por Daños Resultantes de Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y su Eliminación. Este instrumento fue completado el 10 de diciembre de 1999. Mientras estuvo abierto a la firma fue suscripto por catorce Estados, que hasta mayo de 2005 no lo habían ratificado. Posteriormente adhirieron tres Estados. Para la entrada en vigor del Protocolo se requieren veinte ratificaciones, adhesiones, aprobaciones, confirmaciones o accesiones, número realmente bajo si se tiene en cuenta que el Convenio de Basilea tiene ciento sesenta y cinco Estados Parte, sin embargo esa condición no se ha cumplido.

La norma básica del derecho internacional y la propensión a cumplir

Pacta sunt servanda es la norma básica del derecho internacional ¹² y este axioma jurídico tiene un fuerte respaldo en la vida real. Los profesores Chayes dicen que hay una propensión de los Estados a cumplir los tratados ¹³. Aunque esto pueda leerse con cierto escepticismo, la afirmación es estadísticamente cierta y la verdad es que en la inmensa mayoría de los casos los gobiernos cumplen con las obligaciones contraídas en los tratados y las convenciones.

Por eso tiene gran importancia y efecto la identificación, definición y publicación del incumplimiento, aunque se lo haga solamente ante las otras partes del *régimen jurídico* correspondiente. Los gobiernos simplemente no quieren verse expuestos como incumplidores de sus obligaciones porque ello afecta su prestigio, y si se produce reiteradamente o por períodos prolongados, hasta disminuye su crédito. La publicación de los incumplimientos cometidos implica un costo

¹⁰ Si esas plantas se hubieran construido en Europa, tanto España como Finlandia habrían tenido la obligación de hacer una evaluación del impacto ambiental transfronterizo por imperio de la Convención de 1991, que en este caso no se hizo.

¹¹ BARBOZA, Julio, *Derecho internacional público*, Zavalla, Buenos Aires, 2004, caps. 17, 18 y 19.

¹² KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 357.

¹³ CHAYES, Abram - HANDLER CHAYES, Antonia, *The New Sovereignty*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, cap. 1.

político generalmente alto y un desprestigio ante otros gobiernos que ocasiona incomodidades en las relaciones. Afecta también las calificaciones sobre "buen gobierno" cada vez más frecuentes, especialmente en los organismos financieros internacionales.

Las excepciones a esta regla son aquellos pocos gobiernos ariscos a los que no les importa el "qué dirán" internacional. Sin que yo cometa la imprudencia de nombrarlos, cualquiera puede recordar gobiernos que han desafiado o desafían las reglas del buen comportamiento internacional. Muchas veces son como chispazos que se apagan enseguida, pero a veces persisten como una conducta adoptada. Cada tanto esos gobiernos producen episodios que adquieren amplia repercusión, por la misma razón que en la prensa diaria no es noticia que un perro muerda a un hombre pero sí lo sería que un hombre le clave sus dientes a un can.

La primera razón que tienen los Estados parte de un instrumento internacional para cumplir los compromisos que asumieron en ese tratado es que sus disposiciones coinciden con sus propios intereses y por ello lo han negociado y acordado ¹⁴. En los asuntos ambientales no hay tratados que se adopten por mayoría y se impongan a todos los que estaban negociando. Los acuerdos ambientales se adoptan por consenso, lo que significa que se llega a un texto sobre el cual ningún participante en la negociación tiene una objeción formal ¹⁵, aunque es posible que no refleje plenamente sus preferencias, como ocurre al concluir tantas negociaciones. La Convención sobre el Derecho del Mar, como excepción, es un instrumento internacional con contenido predominantemente ambiental que sin embargo fue adoptada por el voto de la mayoría, una mayoría abrumadora por cierto, pero esa voluntad mayoritaria no sedujo al disidente de última hora.

Por otro lado, los Estados que son parte de un acuerdo internacional en "buena y debida forma", además de reflexionar sobre sus cláusulas durante la negociación, disponen de tiempo hasta el depósito del instrumento de ratificación, pueden evaluar los compromisos a la luz de su política y su legislación interna y tienen la posibilidad de adecuar esta última si fuera necesario. Es cierto que esta descripción ideal no siempre funciona como debería, entre otras razones porque no es infrecuente que desde un acuerdo externo se pretenda modificar la política interna. En nuestro caso, en razón de la jerarquía otorgada a los tratados

¹⁴ En esta descripción no abarca los acuerdos impuestos por la fuerza, por ej., al fin de un conflicto militar.

¹⁵ Estados Unidos no firmó la Convención sobre la Diversidad Biológica en 1992, pero había participado de la negociación y del consenso para adoptarla, de la misma forma que participó en la negociación y el consenso para adoptar el Protocolo de Kyoto en 1997. Hemos presenciado recientemente la ruptura de compromisos solemnes por anteponer el interés nacional a la obligación contraída. El tema ha sido tratado ampliamente en la edición 2002-2003 de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, el caso se ha dado en el campo de la estrategia y aún no se ha completado.

internacionales por la reforma de 1994, esta situación merece cuidadosa atención de parte de los negociadores primero y de los legisladores más tarde.

Los Estados que no quieren verse obligados por compromisos ambientales internacionales, simplemente no contraen esos compromisos. Hay casos notables, como Estados Unidos y Australia, que participaron en todo el proceso de negociación del Protocolo de Kyoto, contribuyeron al consenso que adoptó en 1997 y lo firmaron ante el Secretario General de las Naciones Unidas, pero después decidieron no ratificarlo. Estados Unidos tampoco es parte de la Convención sobre la Diversidad Biológica y del Convenio de Basilea sobre Control del Transporte Transfronterizo de Residuos Peligrosos y su Eliminación. La Argentina —a mi juicio equivocadamente— es renuente a ratificar el Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad en la Biotecnología que firmó hace más de cinco años, a pesar de lo cual tendremos que cumplir sus requisitos para seguir vendiendo granos porque lo exigirán los importadores de nuestros productos que mayoritariamente son parte del Protocolo.

Rebus sic stantibus

El cambio político de gobierno no es causa para que un Estado desconozca los pactos anteriores, y son muy excepcionales los casos en que un cambio de esa naturaleza genera incumplimiento.

El cambio de las circunstancias existentes en el momento de celebración del tratado, el viejo problema de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, está regulado por el art. 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que requiere que ese cambio sea fundamental, que no haya sido previsto, que las circunstancias modificadas hayan sido base esencial del consentimiento y que modifique el alcance de las obligaciones ¹⁶. Sólo si todas esas condiciones concurren se justificará suspender la aplicación del tratado, el retiro de la parte o la terminación del tratado.

La buena fe en la observancia

Un desvío de la regla sobre la propensión a cumplir los tratados son las actitudes que algunos gobiernos han venido adoptando recientemente y que aunque no han sido señalados como incumplimiento o inobservancia, rozan con mucha fuerza la buena fe que el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece como condición de cumplimiento de la regla *pacta sunt servanda*. Estos entorpecimientos, además, podrían atentar contra el objeto de los instrumentos internacionales afectados.

¹⁶ DE LA GUARDIA, ERNESTO - DELPECH, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, El Derecho, Buenos Aires, 1970.

El ejemplo más claro es el comportamiento de los países exportadores de petróleo (OPEP) en los órganos de la Convención Marco de las NU sobre el Cambio Climático. Estos países se han incorporado a los acuerdos casi sin obligaciones¹⁷ y desarrollan una eficiente estrategia orientada a dificultar la adopción de decisiones que impulsarían el perfeccionamiento de las pautas para la ejecución de los compromisos de los demás Estados parte. Se puede prever que harán lo mismo en los órganos del Protocolo de Kyoto, al cual han comenzado a incorporarse después de su entrada en vigor en febrero de 2005 y antes de la primera reunión de las partes que se realizará en diciembre. El objetivo de los miembros de la OPEP, liderados en esto por Arabia Saudita, es retardar las acciones que contribuyan a una reducción en el consumo de petróleo. Esta forma desleal es un abuso de los derechos de cada Estado parte protegidos por la regla del consenso y funciona en varias modalidades. La más frecuente es de carácter formal y se concreta en objeciones a la adopción de la agenda de una reunión, a la forma en que se enuncian los temas de esas agendas, proponiendo la inclusión de temas que se sabe de antemano que no serán aceptados u objetando las fechas previstas para una reunión futura. Esto genera prolongadas discusiones que pueden empantanar una reunión por días, frustrar un debate y eludir la adopción de una decisión. Otro método es negar sin mayores fundamentos el consenso para avanzar, por ejemplo, en el análisis de las causas del aumento de las emisiones originadas en el transporte aéreo internacional, o añadir reclamos por hipotéticas pérdidas financieras futuras si se redujera el consumo de petróleo.

Otro ejemplo de estos entorpecimientos es la negativa a proveer los fondos necesarios para el funcionamiento de los órganos del régimen o para ejecutar decisiones adoptadas multilateralmente. El compromiso de contribuir a los gastos de estos *regímenes jurídicos* ambientales es voluntario según la mayor de sus estatutos, pero ese compromiso requiere la previa aprobación del presupuesto. La forma de debilitar la decisión multilateral e interferir en la elección de las actividades que se realizarán —determinando así la orientación de los trabajos—, consiste en reducir el presupuesto central y relegar una lista de actividades aprobadas pero cuya realización queda sujeta a la existencia eventual de contribuciones adicionales. De esa forma, países con recursos financieros disponibles pueden elegir ciertas actividades que les interesan y financiarlas y dejar las demás pendientes de los esfuerzos que pueda hacer la Secretaría para reunir fondos de otras fuentes. En el caso del Convenio de Basilea sobre Transporte Transfronterizo de Residuos Peligrosos, parece insinuarse una tendencia a asfixiar financieramente las actividades de la Secretaría, cuya importancia es fundamental para verificar la observancia.

¹⁷ Como muestra baste señalar que a diez años de la entrada en vigor de la Convención, Arabia Saudita, Qatar, Venezuela, Kuwait y Emiratos Árabes Unidos aún no han presentado su primera comunicación nacional

El control de la observancia

Ya recordé que la Carta de las Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz, ruptura de la paz o agresión autoriza la adopción de sanciones que pueden consistir en interrupción de las relaciones diplomáticas, económicas, de comunicaciones o de telecomunicaciones o la intervención militar. La verificación del incumplimiento que abre el camino para esas sanciones es competencia del Consejo de Seguridad, mientras otras posibilidades quedan para la acción de la Asamblea General. Ambos son órganos políticos y la historia de las medidas adoptadas en más de medio siglo muestra la marcada influencia de los factores políticos en esas decisiones.

En materia de control de la observancia o el cumplimiento de los compromisos establecidos en los acuerdos ambientales, la aspiración —yo diría universal— es que las medidas que deban adoptarse partan de consideraciones técnicas sin contenido político y se orienten más hacia la colaboración para subsanar la inobservancia que a la reprimenda por el incumplimiento.

El primer escalón del control de la observancia son los informes que los propios Estados parte deben presentar según se requiere en cada uno de los instrumentos vinculantes. A continuación haré una sucinta descripción de la forma en que estos sistemas de control de la observancia se han establecido en el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología, el Protocolo de Kyoto y el Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Deterioran la Capa de Ozono. Creo que éstos son los principales sistemas existentes en esta materia y los he ordenado de la forma en que me parece que mejor puede facilitarse su comprensión. En el futuro próximo veremos cómo evolucionan las iniciativas para establecer mecanismos de control del cumplimiento en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y en el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento del Consentimiento Previo Informado para el Comercio Internacional de ciertos Químicos y Pesticidas Peligrosos, que han entrado en vigor recientemente.

El Convenio Marco de las NU sobre el Cambio Climático

Un ejemplo del sistema más sencillo de este control del cumplimiento puede encontrarse en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptada en 1992 y que entró en vigor dos años después. El mecanismo está integrado por el artículo 12 de la Convención y decisiones posteriores adoptadas por la Conferencia de las Partes. El artículo citado requiere que todas las partes presenten periódicamente inventarios de emisiones de gases de efecto

invernadero y descripciones generales de las medidas adoptadas o proyectadas para implementar la Convención.

La Convención distingue entre países industrializados —que se enumeran en el Anexo I— y los que son genéricamente considerados países en desarrollo, aunque esto puede discutirse en varios casos. El requerimiento para los países industrializados es más severo e implica presentar inventarios cada año y comunicaciones nacionales cada tres. La documentación original está públicamente disponible y la Conferencia de las Partes estableció un sistema de exámenes en profundidad de esas comunicaciones en los que se verifica la información producida por las partes. Los exámenes son hechos por equipos de expertos independientes, en los cuales hay varios argentinos, y han generado aclaraciones y ajustes. Como resultado de este trabajo la información se presenta en un formato fácilmente comparable, y se recopila y analiza de manera tal que permite saber cómo han cumplido sus compromisos los países industrializados obligados a tomar la iniciativa en la mitigación del cambio climático.

Los requerimientos para los países no incluidos en el Anexo I son más ligeros, y las comunicaciones deben presentarse cada cuatro años con la posibilidad una prórroga de un año. Estos informes no se someten a una revisión en profundidad comparable. El procedimiento seguido ya por diez años ha permitido perfeccionar los métodos y entrenar a expertos de distintos países inclusive de la Argentina en un ejercicio que no es habitual en nuestro país. Como explicaré más adelante, el sistema de control de la observancia será distinto y más complejo para el Protocolo de Kyoto que ha entrado en vigor, pero el procedimiento de la Convención seguirá teniendo importancia porque allí debe informar Estados Unidos que no es parte del Protocolo, y también deben hacerlo los “mega” países en desarrollo, cuyas emisiones totales son importantes en términos globales.

El art. 12 de la Convención dispone que las comunicaciones se presenten a la Conferencia y sus órganos subsidiarios, y en realidad los países desarrollados procuran que esto sea un trámite rutinario. Cuando presidí el Órgano Subsidiario de Implementación busqué la forma de dar mayor claridad a la información que presentaba la Secretaría, haciendo hincapié en las diferencias en los resultados de cada país. Mi amigo, el jefe de la delegación de Noruega, Harald Dowland objetó mi iniciativa y dijo que estaba convirtiendo el ejercicio en una forma de análisis del cumplimiento, lo cual era efectivamente mi intención.

Convenio de Basilea sobre Residuos Peligrosos

El Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación fue concluido en 1989, entró en vigor el 5 de mayo de 1992 y tiene 165 Estados parte¹⁸; su régimen no incluye los

¹⁸ Estados Unidos, que es un importante productor de residuos, inclusive de residuos peligrosos, firmó pero no ratificó el Convenio.

residuos nucleares que están regulados por otras normas originadas en el Organismo Internacional de Energía Atómica. El propósito del Convenio es que los residuos peligrosos se eliminen en el lugar o al menos en el país en que han sido generados, y para ello controla sus movimientos a través de las fronteras, autorizando solamente exportaciones de países que no tengan capacidad para eliminar los residuos, a otros que sí la posean. Estos movimientos deben ser notificados con anticipación por el Estado de exportación al Estado de importación, que tiene que consentir la operación. También deben ser notificados los Estados de tránsito si los hubiera. Los Estados deben informar a la Secretaría cuál es la autoridad competente en cada país, asegurarse que la Secretaría reciba copias de las notificaciones e informar anualmente sobre los movimientos que autorizó.

La sanción que prevé el Convenio en caso de incumplimiento de estos requisitos es la devolución de los residuos al país donde se origina la exportación, a cargo de éste. En consecuencia, el control del cumplimiento de las obligaciones reside originariamente en las partes. Éstas, a su vez, deben cumplir sus compromisos y adoptar la legislación y la reglamentación que controle a los particulares generadores, exportadores, importadores y reexportadores de residuos peligrosos.

Un movimiento transfronterizo que se realice sin el cumplimiento de los requisitos es un acto ilícito del Estado que incumplió, y además de la sanción del reenvío, genera la responsabilidad correspondiente, que se ha procurado regular en el Protocolo de Basilea sobre Responsabilidad y Compensación por Daños Resultantes de Movimientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y su Eliminación. Este instrumento fue adoptado en 1999 en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 12 del Convenio, pero como señalé antes, aún no ha entrado en vigor ni parece probable que ello ocurra en el corto plazo. En 1995 se aprobó una enmienda al Convenio de Basilea, que prohíbe la exportación de residuos desde los países industrializados para su disposición final o reciclado en países en desarrollo. La enmienda tampoco ha entrado en vigor.

Como se habrá podido advertir, este *régimen jurídico* de control del transporte de residuos peligrosos no es un acuerdo cuyas normas hayan prendido fuertemente en la comunidad internacional. Esto se manifiesta sobre todo en los países considerados centrales, donde es muy fuerte la preferencia por mandar los residuos lejos, sobre todo si son peligrosos. No llamará entonces la atención que no se haya desarrollado eficientemente un sistema multilateral para controlar la observancia de este Convenio.

En 2002, o sea diez años después de la entrada en vigor del Convenio, la Conferencia de las Partes aprobó la res. VI/12 sobre el "Establecimiento de un mecanismo para promover la implementación y el cumplimiento". Este mecanismo tiene un Comité de quince miembros que lo administra, con términos de referencia lo orienta a facilitar el cumplimiento y disponen que el procedimiento debe ser no confrontacional. Las partes pueden plantear sus propios casos

de incumplimiento o llevar los de otras partes que los preocupen o afecten y la Secretaría puede plantear los que se vinculen con el ejercicio de sus funciones. Las cuestiones que quieran plantear los órganos de la sociedad civil sólo pueden llegar al Comité a través de una parte.

También en los términos de referencia se ha previsto que la Conferencia de las Partes pueda remitir al Comité temas generales de cumplimiento e implementación relacionados con el manejo y la disposición racional de los residuos peligrosos, entrenamiento de personal aduanero y de otros sectores, acceso de los países en desarrollo al apoyo financiero y técnico, establecimiento y desarrollo de medios para detectar el tráfico ilegal, monitoreo, evaluación y facilitación de los informes que deben presentar las partes, la implementación y el cumplimiento de obligaciones específicas establecidas por el Convenio de Basilea.

Si después de adoptar todas las medidas de facilitación previstas en los términos de referencia el Comité considera necesario tomar medidas adicionales, podrá emitir una declaración de advertencia y asesorar sobre el futuro cumplimiento de las obligaciones de las partes. Hasta el presente el comité prácticamente no ha actuado.

Más arriba indiqué que las restricciones irracionales en los presupuestos de algunos de estos *regímenes jurídicos* pueden no ser compatibles con la buena fe en la observancia de los tratados requerida por el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y como ejemplo cité el Convenio de Basilea. Para ilustrar la referencia valga citar aquí que el primer informe del Comité de Administración del Mecanismo de Promoción de la Implementación y el Cumplimiento del Convenio de Basilea, presentado en 2004 a la VII Conferencia de las Partes, dice que no deberían excluirse de su consideración aquellas presentaciones que no fueran hechas en inglés pero que el Comité "carece de la capacidad y los medios financieros para hacer traducciones" y que si se le hiciera alguna presentación, necesita fondos para considerarla.

Comercio Internacional de Especies Amenazadas (CITES)

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre tiene en vigor desde hace treinta años un sistema de control de la observancia que presenta características notables. Esta Convención, conocida como CITES por sus siglas en inglés, fue adoptada en 1973 en Washington, por recomendación de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano que se había realizado en Estocolmo el año anterior. Protege las especies en peligro de extinción mediante el control de su comercio internacional, como lo hacían acuerdos celebrados en los años treinta y cuarenta para proteger algunas especies de aves o animales objeto de caza que se negociaban internacionalmente como trofeos.

Las especies de flora y fauna silvestre en peligro de extinción se inscriben en tres apéndices con distintos niveles de protección. El tráfico de las especies

listadas (las del apéndice I sólo se pueden comerciar con fines científicos) debe estar amparado por permisos de importación, de exportación y de reexportación extendidos por las autoridades nacionales de aplicación de la Convención. Los Estados parte tienen la obligación de adoptar legislación para implementar la CITES y aplicarla, y deben mantener un registro de las transacciones e informar periódicamente a la Secretaría de la Convención que cruza la información recibida, verifica la existencia de la legislación y su aplicación, investiga los casos en que se pueden haber cometido irregularidades, propone planes y plazos para solucionarlos, e informa a los órganos de la Convención, el Comité Permanente y la Conferencia de las Partes sobre estas situaciones. Es frecuente que las organizaciones no gubernamentales denuncien violaciones y fraudes que son investigados.

Los documentos oficiales de la CITES recogen evaluaciones de sus expertos, quienes estiman que el tráfico ilícito continúa a niveles altos y crecientemente involucra redes criminales y sofisticadas técnicas de captura y contrabando. La obligación de adoptar la ley y aplicarla es de los Estados parte y la Secretaría de la CITES tiene mecanismos de apoyo y de estímulo a la cooperación con las autoridades nacionales, la Organización Internacional de Aduanas e INTERPOL.

En su actividad la Secretaría puede identificar cuatro tipos de inobservancia que se relacionan con el comercio ilegal: tráfico irregular de especies protegidas, no haber promulgado la legislación para aplicar la CITES, no haber presentado los informes anuales o no responder los pedidos de información formulados por la Secretaría. Estas faltas dan lugar a que el Comité permanente recomiende a importadores, exportadores y reexportadores la suspensión del comercio con la parte en incumplimiento, para una o todas las especies protegidas, hasta que la falta se subsane. A fines de 2004 publicó una lista donde había 31 partes sancionadas, incluyendo a la Argentina con una especie cuya comercialización se sometió a condiciones adicionales. En esa lista Djibouti, Gambia, Guinea Bissau, Liberia, Mauritania, Rwanda y Somalia tienen todo su comercio suspendido hasta que la falta se subsane.

Este procedimiento aplicativo de sanciones se implementa a través de la Secretaría de la Convención, de su Comité Permanente y de su Conferencia, a partir de la facultad otorgada por el artículo XIII de la CITES para "formular cualquier recomendación que considere pertinente" cuando el incumplimiento resulte de la manifestación de una parte o de la investigación que se haya hecho. La cuestión es materia de constante estudio en procura de su perfeccionamiento, tal como puede verse en los documentos oficiales de los órganos de la CITES. Hay un proyecto sobre directrices para el cumplimiento de la Convención¹⁹ que a mediados de 2005 estaba siendo estudiado. El objeto de la propuesta es ayudar al Comité Permanente a revisar el cumplimiento de la Convención, promover y facilitar el cumplimiento por las partes, aplicar de forma coherente y efectiva los

¹⁹ CITES SC50 Doc. 27.

procedimientos, examinar el incumplimiento e identificar los medios para mejorar la aplicación y después de desarrollar varias instancias de apoyo para lograr el cumplimiento, concluye con la suspensión del comercio con la parte que haya incumplido.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología

El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología entró en vigor en 2003 y su objeto es contribuir a asegurar un adecuado nivel de protección en la transferencia, manipuleo y uso de organismos vivos modificados (OVM) que resultan de la biotecnología moderna. Ese nivel de protección deseado se procura a través de un sistema de información y notificaciones de envío y aceptación de OVMs, que es más estricto para aquellos que serán liberados al ambiente, más simple para los que se destinarán a consumo humano o animal, o a su elaboración industrial, y más sencillo para los que quedarán confinados en laboratorios.

En art. 34 el Protocolo dispone la creación de procedimientos de cooperación y mecanismos institucionales para promover su observancia. La primera Reunión de las Partes del Protocolo ²⁰ realizada en Kuala Lumpur, Malasia, utilizando los trabajos del comité interino que se había venido reuniendo desde la aprobación del Protocolo en 1999, adoptó en febrero de 2004 la decisión que establece esos procedimientos y mecanismos y crea el Comité de Cumplimiento de quince miembros que actúan en su capacidad persona, no como representantes de los Estados. En marzo de 2005 el Comité aprobó sus reglas de procedimiento.

Conforme la decisión adoptada en Malasia, el objetivo de los procedimientos y mecanismos de observancia, y consecuentemente del Comité, es promover el cumplimiento, considerar casos de incumplimiento y asesorar a la Reunión de las Partes. Sólo las partes pueden plantear casos, ya sea sobre su propio incumplimiento en procura de asistencia, o sobre el incumplimiento de otra parte que la afecta o puede afectarla. Además el Comité puede considerar temas generales vinculados con el cumplimiento que surjan de los informes periódicos que deben presentar las partes de acuerdo con el art. 33 del Protocolo. Como resultado de sus deliberaciones, el Comité puede hacer recomendaciones a las partes involucradas en un caso y también a la Reunión de las Partes sobre asistencia técnica o financiera, transferencia de tecnología y creación de capacidades. Puede asimismo pedir a una parte involucrada en un caso que desarrolle un programa para regularizar la situación o invitarla a presentar informes de progreso sobre sus esfuerzos para solucionar el problema e informar a la Reunión de las Partes sobre esos programas y esfuerzos.

²⁰ El nombre completo de la Reunión es Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica actuando como Reunión de las Partes del Protocolo de Cartagena, y se comprenderá el uso de la forma abreviada.

La Reunión de las Partes puede procurar asistencia para las partes involucradas en incumplimiento, emitir una advertencia a la parte y pedir a la Secretaría que publique los casos de inobservancia. La decisión de la Reunión de las Partes establece que en casos de inobservancia reiterada se tomen las medidas "que puedan ser decididas en la tercera Reunión de las Partes" y luego las que puedan corresponder por el sistema de revisión cada cinco años del Protocolo previsto en su art. 35.

Esta facultad que se concede a sí misma la Reunión de las Partes sugiere un posible régimen de sanciones a partir de la tercera Reunión que se realizará en Brasil en 2006. Ese régimen no tendría respaldo en disposiciones del Protocolo. Aunque sea jurídicamente incoherente, hay por lo menos un antecedente de una decisión tomada más allá de las competencias de estas asambleas: la segunda Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea decidió prohibir la exportación de residuos peligrosos de los países desarrollados a los países en desarrollo sin tener competencia para hacerlo, y en vista de lo obvio, la siguiente reunión elaboró el Protocolo sobre el punto al que me he referido más arriba. Diferentes serían las condiciones si en la revisión quinquenal se propusiera una enmienda al Protocolo que habilite sanciones que sólo serán posibles cuando la enmienda entre en vigor y sólo aplicables a las partes que la ratifiquen o acepten, de acuerdo con el art. 29 de la Convención sobre la Diversidad Biológica.

El Protocolo de Kyoto

El Protocolo de Kyoto es el instrumento internacional vinculante adoptado en 1997 que establece topes en las emisiones de gases de efecto invernadero para el período comprendido entre 2008 y 2012 para los países industrializados. Es un acuerdo subsidiario de la Convención Marco de las NU sobre el Cambio Climático y entró en vigor en febrero de 2005. El sistema de control es un desarrollo de aquel descrito más arriba para el Convenio Marco, con informes periódicos y su análisis en profundidad, más un sistema de registros nacionales y una bitácora internacional donde se llevará la contabilidad de las emisiones y de las transacciones de emisiones en uso de los mecanismos de flexibilidad habilitados por el Protocolo.

El art. 18 de este instrumento internacional dispone que la primera Reunión de las Partes ²¹, que se realizará en diciembre de 2005, adopte procedimientos y mecanismos apropiados y eficientes para determinar y considerar los casos de inobservancia de las disposiciones del Protocolo, inclusive mediante el desarrollo de una lista indicativa de consecuencias que deberán tener en cuenta la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento.

²¹ Como en el caso del Protocolo de Cartagena, el nombre completo es Conferencia de las Partes de la Convención actuando como Reunión de las Partes del Protocolo.

Para satisfacer este mandato del Protocolo, la Conferencia de las Partes de la Convención recomendó a la Reunión de las Partes del Protocolo la adopción de un proyecto de decisión que fue considerado entre 1999 y 2001 y finalmente aprobado en Marrakech en 2001. Ese proyecto propone crear un Comité de Cumplimiento integrado por un grupo de facilitación y otro de control de cumplimiento²², que tendrán una mesa directiva común. El Comité, con sus dos grupos, comenzará a funcionar a partir de su creación y podrá recibir comunicaciones de las partes a través de la Secretaría, sea que éstas se refieran a dificultades de la parte que hace la comunicación y de una parte con respecto a otra. En este segundo caso la comunicación debe estar apoyada en información que la sustente.

La Mesa Directiva asignará los asuntos a los grupos que, después de un examen preliminar, informarán a la parte interesada que podrá formular observaciones a la información utilizada y designar un representante en el grupo. Durante el procedimiento las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales competentes podrán presentar información "práctica" y técnica. Las decisiones de los grupos deben ser fundadas y se harán conocer a las partes a fin de que puedan formular observaciones.

Para corregir una situación el grupo de facilitación podrá asesorar y asistir a las partes, procurar asistencia financiera y técnica, transferencia de tecnología y creación de capacidad. El grupo de control de cumplimiento puede declarar el incumplimiento y preparar un plan de regularización que incluye el análisis de las causas de la inobservancia, las medidas para remediarla y un calendario para ejecutar esas medidas.

El Protocolo de Kyoto establece que si de la revisión en profundidad de las comunicaciones de las partes surge alguna cuestión vinculada con el cumplimiento, esa parte puede ver suspendido su derecho a participar en los mecanismos de flexibilidad de los arts. 6º (cumplimiento conjunto), 12 (mecanismo de desarrollo limpio) y 17 (negociación de emisiones). El procedimiento pasa por la Secretaría y la Reunión de las Partes y de allí, de acuerdo con el sistema proyectado, podrá llegar al grupo de control de cumplimiento, que hará las definiciones sobre el derecho a participar en los mecanismos; lo cual, aunque pueda levantarse, es una sanción.

Otra facultad que el proyecto de decisión propone otorgar a ese grupo es más complicada porque establece una multa en carbono que se hará efectiva en el siguiente período de compromiso. A ese efecto propone que si una parte excede su cuota de emisiones, ese volumen de exceso con más un 30% deberán descontarse de la cuota de emisiones que se otorgue al infractor para el segundo período de compromiso. Aunque esto fue aceptado en Marrakech dentro de un

²² En realidad el texto en inglés lo llama *enforcement*, pero estoy usando aquí las palabras de la traducción oficial.

paquete de negociación que incluyó materias cuya aclaración requerían varios gobiernos antes de decidir la ratificación del Protocolo, es razonable prever que el asunto se discuta nuevamente, porque el art. 18 del Protocolo dispone que si los procedimientos y mecanismos que se establezcan tuvieran consecuencias obligatorias, deberán ser adoptadas como una enmienda al Protocolo ²³.

En realidad hay razones prácticas que hacen ilusoria la imposición de este tipo de multas. Aunque será difícil concretarlo, la idea prevaleciente es que el segundo período de compromiso siga al segundo, es decir que comience a partir de 2013. Si no hubiera inconvenientes, los inventarios de emisiones de 2012 recién estarán disponibles en 2014, pero en el caso en que haya dificultades —como seguramente ocurrirá con el país que haya excedido su límite—, podrían pasar tres años más antes de que el Comité llegue a estar en condiciones de decidir. ¿Cómo podría entonces calcularse el volumen de emisiones asignado y el descuento? La asignación de emisiones para un segundo período de compromiso requiere una enmienda con aprobación en buena y debida forma. ¿Cómo podría aceptar un tope en la negociación y luego firmar y ratificar un país que probablemente esté discutiendo su propio incumplimiento? ¿Cómo podrían acordar, firmar y ratificar los demás países ante esa incertidumbre?

El Protocolo de Montreal

He dejado para el final una sucinta descripción del mecanismo de control del cumplimiento establecido para el Protocolo de Montreal sobre las Substancias que Deterioran la Capa de Ozono, porque me parece que posee el mecanismo más elaborado y mejor desarrollado. El Protocolo, subsidiario de la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono, es el instrumento que dispone medidas de control inclusive de naturaleza comercial, para reducir progresivamente el empleo de sustancias que deterioran la capa de ozono, hasta eliminarlas. Los plazos y porcentajes de la reducción progresiva constituyen un entramado complejo que los países deben cumplir. La clave del control del cumplimiento es la presentación de comunicaciones anuales en las cuales los Estados parte deben informar sobre el consumo de cada una de las sustancias controladas (producción local + importación - exportación), y el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por el Protocolo, como el establecimiento de controles y las limitaciones al comercio con Estados no parte.

Todo el sistema de control de la observancia se desarrolló a partir del brevísimo art. 8º del Protocolo que, en dos líneas, manda que las partes en su primera reunión consideren y adopten procedimientos y mecanismos para determinar la no observancia de sus disposiciones y el tratamiento que se dará a las partes

²³ En realidad, el 26 de mayo de 2005 Arabia Saudita usó este argumento para presentar como proyecto de enmienda al Protocolo el mismo texto que había sido recomendado como proyecto de decisión, lo que inicialmente abrirá un amplio debate procesal.

halladas en incumplimiento. Naturalmente esto no pudo definirse completamente en una reunión y los documentos básicos se aprobaron en la cuarta reunión, después de un cuidadoso trabajo de elaboración jurídico político liderado por Patrick Szell, por aquellos años director del Departamento Legal del Ministerio de Ambiente del Reino Unido ²⁴.

El sistema tiene ahora un Comité de Aplicación ²⁵ de diez miembros elegidos dos por cada una de las cinco regiones definidas en una nota al pie del Reglamento de la Asamblea General de las Naciones Unidas que responde a un concepto de hace sesenta años, no muy adecuado en la actualidad. El procedimiento puede iniciarse a instancia de la parte que no ha podido cumplir, de otra parte o de la Secretaría del Protocolo, si ésta advierte una irregularidad al preparar su informe a la Reunión de las Partes sobre las comunicaciones presentadas por las partes, y funciona como sigue:

- "1. Si una o más partes tienen reservas respecto del cumplimiento por otra parte de las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo, estas reservas pueden ser expresadas por escrito a la Secretaría. Toda comunicación de esa índole deberá ir acompañada de información que la corrobore.
- "2. La Secretaría, dentro de las dos semanas siguientes a la recepción de una comunicación, enviará copia de la misma a la parte cuyo cumplimiento de una determinada disposición del Protocolo esté en discusión. La respuesta, de haberla, junto con la información que la acompañe, será presentada a la Secretaría y a las partes interesadas en el plazo de tres meses contados desde la fecha del envío o dentro de un plazo más prolongado si las circunstancias de algún caso particular lo requieren. A continuación, la Secretaría transmitirá la comunicación, la respuesta y la información proporcionada por las partes al Comité de Aplicación mencionado en el párr. 5, el cual examinará la cuestión lo antes posible.
- "3. Cuando, durante la preparación de su informe, la Secretaría tenga conocimiento de la posibilidad de que alguna parte no haya cumplido sus obligaciones en virtud del Protocolo, podrá solicitar a esa parte que facilite la información necesaria al respecto. Si no se recibe respuesta de la parte de que se trate en el plazo de tres meses, o en un plazo más

²⁴ Patrick Szell desarrolló un amplio trabajo en la formulación e implementación de los acuerdos internacionales recientes, y entre sus aportes más notables se encuentra la reformulación del art. 2º del Protocolo de Montreal durante la Reunión de las Partes realizada en Londres en junio de 1990, ya que la versión original aprobada en 1987 resultaba de muy difícil comprensión.

²⁵ La denominación en inglés es "*Implementation Committee*". Al comienzo de los '90 la Real Academia Española todavía no había aceptado "implementación" y los traductores del PNUMA optaron por "aplicación", quizás tomándola con limitado acierto del título la Parte III de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

largo si las circunstancias del asunto lo requieren, y éste no se resuelve con medidas administrativas o a través de contactos diplomáticos, la Secretaría incluirá el asunto en su informe a la reunión de las partes de conformidad con el art. 12 c) del Protocolo, e informará en consecuencia al Comité de Aplicación.

- "4. Cuando una parte llegue a la conclusión de que, pese a haber realizado de buena fe los mayores esfuerzos posibles, no está en condiciones de cumplir plenamente las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo, podrá dirigir por escrito una comunicación a la Secretaría para explicar, en particular, las circunstancias concretas que, a su juicio, son la causa del incumplimiento. La Secretaría transmitirá esa comunicación al Comité de Aplicación, que la examinará lo antes posible.
- "5. Se establece un Comité de Aplicación, compuesto por diez partes elegidas por dos años por la Reunión de las Partes con arreglo al criterio de la distribución geográfica equitativa. Las partes salientes también podrán ser reelegidas por un mandato inmediatamente consecutivo. El Comité de Aplicación elegirá su propio presidente y vicepresidente. Ambos desempeñarán sus funciones durante un año cada vez. El vicepresidente desempeñará además las funciones de relator del Comité.
- "6. El Comité de Aplicación, a menos que decida otra cosa, se reunirá dos veces al año. La Secretaría organizará las reuniones y prestará los servicios pertinentes.
- "7. Las funciones del Comité de Aplicación serán las siguientes:
 - a) Recibir y examinar toda comunicación presentada de conformidad con los párrs. 1, 2 y 4, e informar al respecto;
 - b) Recibir y examinar toda información u observación transmitida por la Secretaría en relación con la preparación de los informes mencionados en el art. 12 c) del Protocolo e informar al respecto, así como sobre toda otra información relativa al cumplimiento de las disposiciones del Protocolo recibida y comunicada por la Secretaría;
 - c) Cuando lo considere necesario, solicitar por conducto de la Secretaría más información sobre las cuestiones que esté examinando;
 - d) A invitación de la parte interesada, reunir información en el territorio de esa parte en cumplimiento de las funciones del Comité;
 - e) Mantener, en particular para la preparación de sus recomendaciones, un intercambio de información con el Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral ²⁶ en relación con la cooperación financie-

²⁶ Este Fondo subsidia con donaciones las transformaciones que los países en desarrollo deben hacer en su industria para aplicar el Protocolo. En este carácter, la Argentina ha recibido donaciones por más de 46 millones de dólares.

ra y técnica, comprendida la transferencia de tecnología a las partes que operan al amparo del párr. 1 del art. 5 del Protocolo 27.

- "8. El Comité de Aplicación examinará las comunicaciones, la información y las observaciones mencionadas en el párr. 7 con miras a lograr una solución amistosa del problema, basada en el respeto de las disposiciones del Protocolo.
- "9. El Comité de Aplicación informará a la Reunión de las Partes, presentando recomendaciones si lo considera apropiado. El informe se pondrá a disposición de las partes a más tardar seis semanas antes de su reunión. Después de recibir el informe del Comité, las partes podrán, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto, tomar una decisión al respecto y pedir que se adopten medidas para lograr el pleno cumplimiento del Protocolo, incluidas medidas para ayudar a las partes a cumplir el Protocolo y para facilitar la consecución de los objetivos del Protocolo.
- "10. Cuando una parte que no sea miembro del Comité de aplicación sea identificada en una comunicación presentada en virtud del párr. 1, o presente por sí misma una comunicación de ese tipo, tendrá derecho a participar en el examen por el Comité de esa comunicación.
- "11. Ninguna parte, sea o no miembro del Comité de Aplicación, que esté involucrada en un asunto sometido al examen del Comité de Aplicación, participará en la elaboración y aprobación de las recomendaciones sobre ese asunto que se incluyan en el informe del Comité.
- "12. Las partes involucradas en un asunto como el que se menciona en los párrs. 1, 3 o 4 informarán, por conducto de la Secretaría, a la Reunión de las Partes sobre los resultados de los procedimientos incoados en virtud del art. 11 del Convenio respecto del posible incumplimiento, acerca de la aplicación de dichos resultados y sobre la aplicación de toda decisión tomada por las partes de conformidad con lo dispuesto en el párr. 9.
- "13. Mientras se completa el procedimiento incoado en virtud del art. 11 del Convenio 28, la Reunión de las Partes podrá hacer un llamamiento y/o recomendaciones provisionales.
- "14. La Reunión de las Partes podrá pedir al Comité de Aplicación que haga recomendaciones a fin de ayudar a la Reunión a examinar los casos de posible incumplimiento.

²⁷ Esta categoría define a los países en desarrollo.

²⁸ Es el procedimiento de solución de controversias establecido en el Convenio de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono.

- "15. Los miembros del Comité de Aplicación y cualquier parte que participe en sus deliberaciones respetarán el carácter confidencial de la información de esa índole que reciban.
- "16. El informe, que no contendrá ninguna información recibida con carácter confidencial, se pondrá a disposición de cualquier persona que lo solicite. Toda la información intercambiada por el Comité, o con éste, que se relacione con una recomendación del Comité a la Reunión de las Partes será puesta por la Secretaría a disposición de cualquier parte que la solicite; esa parte respetará el carácter confidencial de la información de esa índole que haya recibido".

Las recomendaciones que puede hacer el Comité también están enumeradas en una "lista indicativa de medidas" aprobada por la Reunión de las Partes y tres niveles. El primer nivel, claramente con el propósito de facilitar el cumplimiento de las obligaciones consiste en medidas de asistencia técnica, colaboración para elaborar informes, asistencia financiera y entrenamiento de personal. El segundo consiste en un llamado de atención o advertencia, y el tercero estriba en la suspensión de acuerdo con las normas del derecho internacional de los derechos y privilegios específicos otorgados por el Protocolo, como la importación y exportación de sustancias controladas, la transferencia de tecnología y los beneficios del mecanismo financiero. Esa suspensión puede tener plazo o ser por tiempo indeterminado.

Estas normas son de aplicación constante y generan decisiones en cada Reunión de las Partes. Stephen O. Anderson y K. Madhava Sarma ²⁹ analizan la historia del funcionamiento de este mecanismo de control de la observancia, comenzando con las dificultades para presentar sus informes que inicialmente tuvieron las partes, principalmente los países en desarrollo y los países con economías en transición. Los informes que cada año presentan los presidentes del Comité de Aplicación son ilustrativos y pueden consultarse en el sitio de la Secretaría del Ozono. En la XV Reunión de las Partes realizada en 2003 se adoptaron treinta y dos decisiones recomendadas por el Comité de Aplicación, y aunque ese número se redujo a la mitad al año siguiente, continúa siendo una tarea importante del ejercicio multilateral.

Estas decisiones, cuyo contenido puede consultarse en el Manual de los Tratados Internacionales para la Protección de la Capa de Ozono y sus textos completos, están agregados a cada informe de las Reuniones de las Partes ³⁰, siguen un formato en el que primero se identifica qué determinado país o grupo de países está en incumplimiento, lo que tiene la carga de censura que se ha seña-

²⁹ ANDERSON, Stephen O. - K. Madhava Sarma, *Protecting the Ozone Layer*, Earthscan Publications Ltd., London, 2002.

³⁰ Todo esto está disponible en el sitio de la Secretaría del Ozono en Internet.

lado al comienzo de este artículo. Luego, teniendo en cuenta la seriedad de la falta o su reiteración si se hubiera producido, se hace referencia a alguna de las medidas incluidas en la llamada "lista indicativa". En caso de que se trate del primer nivel de medidas orientadas a la facilitación, las decisiones claramente hacen una recomendación para que se asista a las partes a salir del incumplimiento. Si ha habido pertinacia, el Comité de Aplicación recomienda hacer una advertencia, que la Reunión de las Partes hace suya. Para el tercer nivel, que implica sanciones, las decisiones no llegan a adoptar la medida, sino que se limitan a indicar que es posible tomarla.

Por ejemplo, la Decisión XIII/16 registró que Bangladesh, Chad, Comoros, Honduras, Islas Salomón, Kenia, Marruecos, Mongolia, Níger, Nigeria, Omán, Papua y Nueva Guinea, Paraguay, República Dominicana y Samoa notificaron consumos de clorofluorocarbonos en el período 1999-2000 que excedían sus niveles básicos individuales y no habían respondido los pedidos de aclaración formulados por la Secretaría. En consecuencia, decidió vigilar la situación en cada país, continuar prestándoles asistencia y advertirles que podrían tomarse las medidas que refieren a restricciones al comercio.

Conviene decir que el cumplimiento de este Protocolo en lo que se relaciona con las restricciones en el consumo de las sustancias que deterioran la capa de ozono es satisfactorio y que ha mejorado sensiblemente todo lo relativo a la presentación de informes de las partes. Subsiste sin embargo un comercio ilegal que es materia de preocupación de los órganos del Protocolo y de las autoridades de los países afectados por el contrabando.

Conclusiones

La tendencia que se ha descrito se presenta como bastante firme y destinada a perdurar. No es el objeto de este trabajo hacer un pronóstico político sobre el futuro, pero parece bastante probable que estos mecanismos se consoliden y perfeccionen en todo lo que tiende a facilitar la observancia de los acuerdos ambientales internacionales. En realidad, pueden convertirse en una fórmula que encauce la cooperación técnica y financiera para implementar esos acuerdos. Por otra parte, no parece que los Estados estén dispuestos a aceptar mecanismos que impongan coactivamente el cumplimiento de sus obligaciones. Esto puede ser deseable o ideal pero solamente se concretará en un contexto de relaciones internacionales más equitativas y, si fuera posible, en un contexto de relaciones justas y de igualdad entre los Estados que no existe actualmente.

LOS MAGISTRADOS JUDICIALES CONCEBIDOS COMO NUEVOS ARTICULADORES DEL SISTEMA JURÍDICO

(En particular referencia a la cuestión ambiental)

por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ *

"Desconocemos los designios del universo pero sabemos que razonar con lucidez y obrar con justicia es ayudar a esos designios, que no nos serán revelados".

JORGE LUIS BORGES

"El sentido de las reglas contenidas en marcos jurídicos reposa en la posibilidad de operar de manera positiva en el cambio de las relaciones cuyas características se pretende modelar. Se trata de operar sobre la realidad de modo de lograr una transformación positiva de la misma".

DANIEL SABSAY

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Se nos ha requerido la confección de un aporte en doctrina que se adentre en señalar aquellos roles propios de un "juez ambiental". Ya que me desempeño profesionalmente como magistrado, se me ocurrió —y así lo siento— que en realidad pareciera "aventurado" desarrollar ese pretendido perfil.

Es que el sistema jurídico es actuado y propiciado por una multiplicidad de operadores, algunos de los cuales resultan ser jueces que, como tales, poseen un rol específico, que es el de impartir justicia, más allá de la materia que les quepa abordar a fin de realizar su cometido, y es en tal contexto que han de someterse a las normas de su trabajo.

Esto significa, tal así lo explicita Ricardo Li Rossi ¹, que el juez debe conocer las herramientas de que dispone, identificarlas y saberlas usar, en el contexto de un marco de actuación previamente definido por la ley.

También debe ser nutrido —el juez— en un contexto de educación judicial que propicie y fomente la idea de cambio, ya que este último, concebido como ámbito propicio para el desarrollo, hace a la esencia de la persona humana.

* Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Federal de Mar del Plata.

¹ Li Rossi, Ricardo "Lo importante es que no nos gobierne el no-concepto", en AA. VV., *Justicia para todos*, Ariel, Buenos Aires, 2000, p. 199.

En consecuencia, la educación de los magistrados, cumple una función que no es solamente económica, social e institucional. Enfatizar esta cuestión, quizá sea la herramienta primera para formar jueces independientes. Bien señala en el punto Li Rossi ² que "Un buen sistema de educación judicial no puede desconocer la herramienta ética que significa. Y la ética judicial es una sola palabra: independencia. El juez que es independiente es ético".

A consecuencia de lo expuesto, puede sostenerse que el juez imparte justicia en los casos sometidos a su análisis, y debe hacerlo en forma independiente, utilizando además para ello herramientas adecuadas e idóneas.

Si compatibilizamos esta admonición inicial con la cuestión vinculada a la construcción de un modelo de desarrollo sustentable, habríamos de asumir que para ello no resulta suficiente *sólo* instaurar una adecuada regulación normativa.

Es recién entonces, luego de haber confeccionado el pertinente marco regulatorio, que podremos comenzar a comprender la utilidad que un magistrado ha de ofrecer a la construcción de la realidad social, cuando se involucra de modo idóneo en el contexto de los cambiantes perfiles de idoneidad que la sociedad actual requiere de ellos.

Cabe sostener lo antes señalado, teniendo particularmente en claro que la función judicial consiste en decir prudentemente el derecho en el marco de actuación correspondiente a conflictos jurídicos concretos.

Esto invita a propiciar la actuación de magistrados comprometidos con la justicia del caso, aunque también atentos a la idea del bien común, nutridos con adecuada formación en cultura general y que conozcan apropiadamente las áreas del Derecho Constitucional, Derechos Humanos, los principios generales del derecho, la materia del tribunal o juzgado que aspira a conducir, las técnicas de argumentación, el razonamiento lógico-jurídico, el lenguaje oral y escrito y la jurisprudencia aplicable a los casos particulares que le quepa analizar ³.

Esta enunciación de la idea de idoneidad constitucional, enmarcada en los arts. 16, 36, 75, inc. 22, y conec., CN, nos invita a articular nociones de idoneidad físico-psicológica, ética y gerencial, para procurar definir las conductas que se requieren para satisfacer aquello pensado como el "mejor" juez concebible a fin de dirimir los conflictos individuales y sociales que se generan en la sociedad de hoy.

II. LA IDEA DE "JUEZ ARTICULADOR" EN EL CONTEXTO DEL DESARROLLO SUSTENTABLE (SUSTENTABILIDAD PARA EL DESARROLLO)

En uno de sus grandiosos cuentos fantásticos, Jorge Luis Borges idea la "leyenda" que uniría a Caín y Abel, desde el perdón que este último ofrece al pri-

² Li Rossi, Ricardo, "Lo importante...", cit., p. 198.

³ Cfr. "Mesa permanente de Justicia del Diálogo Argentino", en *Todos por la justicia*, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, mayo de 2003, p. 32.

mero, luego de haberle dado muerte ⁴. Señala esa historia supuesta, que olvidar es perdonar, ya que mientras dura el remordimiento, dura la culpa.

Por su parte, el Museo Francés del Holocausto, situado en zona lindera a la Catedral de Notre Dame, exhibe la imponente leyenda: "Perdona, mas no olvides nunca".

Retornando a nuestros temas, luego de surcar tal grave atolladero literario, es bueno señalar que la idea de sustentabilidad en el desarrollo ⁵ propugna generar un cambio de paradigma respecto de las relaciones que vinculan a la persona humana con su entorno y cómo ellas deben ser conducidas, si la sociedad futura pretende sobrevivir.

¿Perdón u olvido es lo que debe aquí propugnarse frente a los deterioros pasados, y a veces irreversibles, producidos sobre el ambiente? Habrá de disculparme el lector si esta pregunta no me permite luego ofrecer a cabalidad la respuesta más adecuada.

Cabe reiterar aquí lo sostenido agudamente por Daniel Sabsay, en cuanto señaló que "la construcción de un modelo de desarrollo sustentable, en general, y la consideración de su componente ambiental no se agota con la elaboración de normativas adecuadas" ⁶. Agrega Sabsay que, en realidad, "Éste es sólo el primer paso a tener en cuenta a la hora de planificar la cuestión".

Ello porque coincido con quienes afirman que, efectivamente, todos los ojos deben fijarse en los momentos posteriores a la etapa de producir la normativa, o sea, aquellos que hacen a todo lo relacionado con la observancia de las disposiciones legales.

Aun así, cabe advertir que los "buenos jueces", adecuadamente formados en los "principios del derecho" no requieren, muchas veces, de la existencia de legislación para resolver cuestiones jurídicas, tuitivas del entorno ⁷.

⁴ BORGES, Jorge Luis, "Leyenda", en *Elogio de la sombra*, Emecé, Buenos Aires, p. 77.

⁵ Aunque el modelo de crecimiento postulado por la Conferencia de Río como "desarrollo sostenible" no aparece explícitamente definido en ninguno de los productos de la Conferencia de Río, no cabe duda ninguna de que allí se asumió la definición que proviene del denominado "Informe Bruntland" de 1987, donde se sostiene que éste se trata de un modelo de crecimiento "que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades". Es esto lo que se colige del contexto de la Conferencia, y que recepta en forma expresa el art. 41 de nuestra Constitución Nacional en su primer párrafo. Para profundizar este análisis recomendamos el cotejo de la obra de nuestra autoría *Los derechos humanos de la tercera generación*, Ediar, Buenos Aires, 1997.

⁶ SABSAY, Daniel, en prólogo a la obra colectiva *1ª Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina*, FARN, p. 9.

⁷ Tal lo actuado por el juez de 1ª Instancia Federal Contencioso Administrativo, Garzón Funes, al fallar los ya legendarios casos "Kattan", el 22 de marzo y el 10 de mayo de 1983, en cuanto reconoció legitimación activa para obrar a un grupo de ciudadanos que accionó en defensa de una especie de animales silvestres amenazada por permisos de captura concedidos por la autoridad administrativa (LL 1983-D-567 y 575). A fin de profundizar esta importante cuestión, remitimos al lector al cotejo de nuestra obra *Los derechos humanos...*, cit., ps. 226 y ss.

Quizá lo problemático sea advertir que los casos que vinculan la cuestión ambiental, especialmente en cuanto circundan el área productiva, envuelven, más allá del conflicto particular, a una gran cantidad de intereses económicos y sociales que no afectan directamente al concepto de justicia correctiva, originariamente enunciado por Aristóteles, sino que importan la necesidad de articular modos de "control público" sobre una gran cantidad de actividades, y particularmente sobre el modo de distribución del poder social y los valores de la sociedad futura.

Por ello cuando los magistrados deben juzgar estos casos, se involucran muchas veces en las políticas de desarrollo y bienestar, más allá de su rol en materia de contiendas individuales, actuando como factores de solución de problemas sociales.

Indica Peter Schuck ⁸, al abordar los orígenes de esta problemática en los Estados Unidos, que considera sorprendente el hecho de que dos problemas tan dispares como lo son el producido por el indecible sufrimiento humano y la increíble ingenuidad que esa misma especie exhibe, se puedan encontrar en una Corte.

Entiende Schuck que en la superficie, pareciera ser que esos dos problemas no podrán ser resueltos por el juez, desde una acción de instancia privada. Pero asume también que la guerra —particularmente aquella librada en Viet Nam — le dejó al pueblo americano muchos legados particularmente amargos ⁹.

Distribuir los efectos de estas cargas, y determinar las pertinentes responsabilidades individuales y sociales, resulta ser habitualmente una responsabilidad de las políticas nacionales, y no de la litigación privada, que debe ser dirimida por jueces. Igualmente, el manejo del riesgo derivado de la polución ambiental es una tarea técnica, inmensamente compleja, y el control de los riesgos que de

⁸ SCHUCK, Peter, *Agent Orange on Trial - Mass Toxic Disasters in the Courts*, Belknap Press, Boston, 1987.

⁹ Se refiere en particular el autor citado a la problemática de las acciones de clase iniciadas por familiares de soldados americanos muertos o gravemente heridos por consecuencia de los efectos del denominado "Agente Naranja/ Napalm" utilizado habitualmente por las tropas de ese país, y con graves efectos contaminantes, luego detectados. En esta conocida batalla legal, el denominado "Caso del Agente Naranja" seguramente se tornó en una "odisea", en la que faltaba el combatiente central, que era el gobierno de los Estados Unidos, quien venía testeando herbicidas ya desde la Segunda Guerra Mundial. En este caso había enviado soldados a Viet Nam, quienes manipularon Napalm en el desarrollo de acciones bélicas y si bien era técnicamente responsable por la salud psico-física de sus soldados, no era aún parte en las demandas que luego se promovieron en EE.UU. El juez Weinstein había sostenido *a posteriori* que litigar de esta forma era como representar la obra "Hamlet" sin contar con la actuación del Príncipe de Dinamarca. Si bien originariamente la demanda se constituyó en una acción de clase de los veteranos de guerra en contra de las industrias químicas, finalmente el juez Pratt aceptó la demandabilidad del gobierno norteamericano en esos hechos.

ella derivan, es de uso, tarea de las legislaturas y agencias reguladoras, y no de las cortes de justicia.

Es a partir de esta circunstancia que comienza el autor citado a explicar cómo los magistrados judiciales han comenzado lentamente a actuar en el contexto de estas situaciones, en las que *a priori* su actuación se presumía improcedente.

En el contexto que venimos narrando, es claro que una visión enmarcada en ideas de desarrollo sustentable debe ser puesta sobre la labor de los jueces, pero con el confesado fin de mejorar el nivel de acceso ciudadano a la justicia, la que entonces adquiere de inmediato una marcada proyección social.

Ha señalado Adriana Bianchi ¹⁰ al respecto, y conviene remarcarlo aquí, que “la importancia del Poder Judicial en la toma de decisiones dentro del ámbito medioambiental es crítica para el logro de un desarrollo sustentable”, a lo que agregó que “El Poder Judicial sigue desempeñando un papel clave en la promoción del acceso a la justicia, la aplicación y el cumplimiento de la legislación medioambiental, asegurando la participación pública”.

III. CENTRANDO EL DISCURSO EN SUS CUESTIONES ESENCIALES

¿JUECES AMBIENTALES, O JUECES PREPARADOS?

Sabemos hoy que el problema ambiental es transversal y le compete a todos los actores involucrados en el mismo. Esta admonición nos introduce en lo que la moderna doctrina denomina teoría de los “intereses difusos compartidos” ¹¹.

La evidente tensión advertida entre la idea de desarrollo y el afán preservacionista subyace en los cuerpos normativos actuales, y particularmente en aquellos constitucionales, que necesariamente invitan luego de su institucionalización, a una revisión normativa infra-constitucional en la casi totalidad de países y organizaciones constituidas a tal fin ¹².

¹⁰ Adriana Bianchi es miembro de la División Ambiente y Recursos Naturales del Instituto del Banco Mundial; la cita es de sus comentarios iniciales al Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, FARN, 2003, p. 13.

¹¹ Pioneramente, Germán Bidart Campos advertía, aún antes de operada la reforma constitucional de 1994, la génesis de esta cuestión, no partiendo desde el ángulo de los derechos personales o de las situaciones jurídicas subjetivas, sino desde el de las obligaciones. Y se preguntaba: “¿Cuál sería la obligación constitucionalmente impuesta? La de preservar el ambiente. En primer lugar, recaería sobre el Estado; en segundo lugar, en todos los hombres. Pero con eso quedaríamos a mitad del camino. A esta obligación habría que hallarle tipología, y la denominaríamos obligación ‘activamente universal’; el adverbio ‘activamente’ denotaría que no se satisface con omisiones o abstenciones, sino que requiere acción; y lo de ‘universal’ se dirigía a señalar que esa obligación existe frente a todo el conjunto social, sin particularizar una relación personalizada o individual entre el obligado y la persona concreta” (BIDART CAMPOS, Germán, *Constitución y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 281).

¹² Lo que particularmente ha acaecido en la Argentina en los últimos cinco años, esencialmente luego de operada la reforma constitucional de 1994. Ver para cotejo del desarrollo de tan importante tránsito, el libro de nuestra coordinación y coautoría *Derecho ambiental: su actualidad de cara al tercer milenio*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

Es también real que el momento actual, y a los fines de plantear soluciones, no puede permitirse demoras o dilaciones imprudentes. Por ello sosteneremos que tal actividad debe necesariamente involucrar a los individuos, y al propio Estado, en un matiz necesariamente integrador.

Ello a fin de tomar conciencia de que los gobernantes, seducidos por una concepción meramente economicista del desarrollo, sostienen sus políticas en principios desarrollistas, en un claro ejemplo de inadaptación social.

Explica por ello Manuel Piñar Díaz¹³ que de no tomarse un giro enérgico en la necesaria concientización, los gobiernos verán relegado su papel al de "garantes de la mera subsistencia".

Es por tal razón que los coordinadores del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina¹⁴ han sugerido que el tema de la necesidad de actualización y entrenamiento de los jueces y otros actores jurídicos, en temas de derecho ambiental, ha sido resaltado en todos los simposios judiciales organizados regionalmente por el PNUMA, y culminados con el Simposio Mundial de Johannesburgo.

En consecuencia, y si consideramos, siguiendo el sentir de María Eugenia Di Paola¹⁵, que el rol de los jueces y fiscales es fundamental para la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental en América latina, ello no será erigiendo "jueces ambientales", sino más bien "jueces con competencia ambiental" claramente definida, propiciando para ello que la labor de los jueces que asuman esa competencia debe ser apoyada y considerada, en el marco de un enfoque y análisis sistémico, interdisciplinario e intersectorial¹⁶.

Este camino articulador se consolida entre nosotros con la sanción de la Ley General del Ambiente, 25.675, que garantiza el acceso jurisdiccional por cuestiones ambientales en un modo que no reconoce precedentes en nuestro sistema jurídico nacional, llegando a consagrar la acción popular en materia de cese de

¹³ PIÑAR DÍAZ, Manuel, *El derecho a disfrutar del medio ambiente, en la jurisprudencia*, Comares, Granada, 1996, p. 12.

¹⁴ Desarrollado en la ciudad de Buenos Aires entre el 23 y 24 de septiembre de 2003, con material de trabajo y conclusiones publicadas en obra de igual título, FARN, 2003, p. 17. Agrega allí Rossana Repetto que "Como seguimiento del Simposio Mundial de Johannesburgo, el Consejo de Administración del PNUMA adoptó, en su reunión de febrero del 2003, la decisión 22/17, que en su parte A efectúa un requerimiento al director ejecutivo del PNUMA para promover el desarrollo de capacidades de los actores involucrados en el proceso de promoción, aplicación, desarrollo y cumplimiento del derecho ambiental a los niveles nacional y local, haciendo particular referencia a los jueces, fiscales, legisladores y otros actores jurídicos relevantes, con la finalidad de que puedan realizar sus funciones sobre una base bien informada y contando con los necesarios conocimientos, información y materiales".

¹⁵ DI PAOLA, María Eugenia, "El rol de los jueces y fiscales en América Latina en la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental", Simposio..., cit., p. 19.

¹⁶ Ello implica necesariamente incluir el control de una administración ambiental eficiente y la coordinación de esfuerzos entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

daño ambiental ¹⁷, lo que instala al Estado, a las instituciones públicas en general, y a sus articuladores, en este caso a los jueces, como garantes del derecho al medio ambiente adecuado y como responsables de la protección del ambiente mismo.

IV. LOS MAGISTRADOS JUDICIALES Y SUS INSTRUMENTOS EN MATERIA AMBIENTAL (LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL INSTAURADO POR LA LEY 25.675)

Expresan Sergio Dugo y Emilio Faggi ¹⁸ que la Ley General del Ambiente constituye, luego de la Constitución Nacional, la norma más importante de la materia, habiendo señalado en coincidencia con este punto la más calificada doctrina que “Nos encontramos, entonces, ante una Ley Nacional de Presupuestos Mínimos, que se ubica en el bloque de legalidad construido a la luz de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la norma fundamental” ¹⁹.

En este punto es necesario a fin de abordar cuestiones de competencia ambiental, variar el perfil de magistrado judicial que propone la normativa procesal civil. Aun así, resulta claro que ello no depende de la norma procesal, ya que somos conscientes de que el actual Código Procesal Civil y Comercial, provee desde su art. 34, de suficientes facultades al juzgador para conducirlo desde parámetros de eficiencia y eficacia, evitando incurrir en ritualismos inoficiosos.

Reiteramos por ello que no es la normativa, en esencia, sino la actitud que el magistrado detente frente a la actuación de procesos ambientales, la que articulará, en suma, un adecuado motor frente a la necesidad de adecuación de la sustentabilidad en el desarrollo.

Sin perjuicio de ello, no cabe duda de que la Ley General del Ambiente ²⁰ presupone la actuación de un juez con mayores poderes, y también con nuevos deberes, que puede, en los procesos judiciales, “disponer de todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”, quien aun de “oficio”, puede disponer aquí, con carácter de medida preparatoria, medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria.

¹⁷ Así lo hemos señalado en un trabajo de nuestra autoría titulado “La legitimación ciudadana en materia de daño ambiental colectivo” (LL del 22/12/2003, ps. 73 y ss.). Recomendamos su lectura.

¹⁸ De los autores citados, “El acceso a la justicia ambiental, la eficacia del procedimiento judicial y la eficiencia de las decisiones ambientales: la experiencia de los tribunales argentinos”, en *Evaluación y cumplimiento...*, cit., FARN, p. 102).

¹⁹ Cfr. GARCÍA MINELLA, Gabriela, “Ley General del Ambiente”, en AA.VV., *Derecho ambiental*, cit., p. 42.

²⁰ Art. 32.

Intentaba también la nueva ley adaptar también la regla procesal de congruencia a la proyección social que posee la actuación de los derechos de tercera generación, cuando disponía, en norma luego vetada por el PEN 21, que en estos casos el juez podía "en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, extender el fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes".

Aun con lo dicho, es la actuación —no vetada, por cierto— de los principios de prevención 22 y precaución 23 ambientales, la que ofrece al magistrado en este tipo de contiendas, parámetros eficaces para proveer a una efectiva tutela, en consonancia con el imperativo impuesto por el art. 41 de la Carta Fundamental.

En tal contexto, debe el magistrado actuante en procesos ambientales, a fin de tornar efectiva la acción jurisdiccional incoada, hacerla eficiente, y aun susceptible de un debate corto, rápido y conciso.

He sostenido —empero— antes de hoy que si ello no es posible, la complejidad de la materia ha de invitar a los jueces actuantes cuando los promovidos a tal fin son procesos constitucionales, a rechazar el planteo, para derivar el accionar a una demanda en la que sí se admita un garantizador marco de debate 24.

Es que una actuación mesurada, cauta y precautoria por parte de los magistrados los convierte, cuando actúan en causas vinculadas con la protección del entorno, en actores clave en la promoción del acceso a la justicia, la aplicación y el cumplimiento de la legislación medioambiental, asegurando así debidamente la participación pública en tales cuestiones 25.

Ello no empece a propiciar la apertura de modos de legitimación amplia para actuar en esta materia, ya que este reconocimiento por parte de los jueces

²¹ Dec. 2413/2002.

²² Para GARCÍA MINELLA, G., *op. cit.*, p. 59, el principio de precaución "se aplica al momento de identificar las causas o consecuencias posibles de futuros daños". Agrega que "prevenimos desde los procedimientos, como la evaluación de impacto que permite identificar los posibles y ciertos impactos ambientales que producirá un emprendimiento con el fin de adoptar medidas para mitigar el mismo".

²³ Según lo expone GARCÍA MINELLA, G., *op. cit.*, p. 57, el principio precautorio se inserta "en la noción de prudencia y diligencia, desde donde ha inspirado al derecho francés", disponiendo, desde la normativa vigente, que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza jurídica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

²⁴ Ver, de nuestra autoría, "Cuando la aplicación efectiva del derecho ambiental se traza en aras del logro del desarrollo sostenible", LL Suplemento de Derecho Constitucional, del 21/4/2005, p. 71 y nota al pie.

²⁵ Así ha sostenido en el punto Adriana Bianchi ("Simposio...", *cit.*, p. 13), la importancia del papel del Poder Judicial en la toma de decisiones dentro del ámbito medioambiental, la que es crítica para el logro de un desarrollo sustentable.

ha sido, según así lo expone Daniel Sabsay ²⁶, "un paso importante en la protección del ambiente y la experiencia de estos años, a través de la jurisprudencia habida en la materia, nos señala la importancia que tiene el sistema judicial como instancia de control de la gestión ambiental y de aplicación de la normativa ambiental".

Advierta el lector que es la propia Ley General del Ambiente la que le impone hoy a los magistrados actuantes en este tipo de causas, por imperativo de lo dispuesto en su art. 32, que "el acceso a la jurisdicción no admitirá restricciones de ningún tipo o especie". Claro está que ello no obstará a que luego de abierta la llave de la legitimación, el magistrado actuante evalúe si el debate propuesto amerita la vía sumarísima de reclamo como idónea a fin de la resolución adecuada de la controversia.

V. LOS NUEVOS JUECES DEBEN ESTAR ADECUADAMENTE PREPARADOS PARA ASUMIR EL COMPROMISO QUE IMPLICA LA RESOLUCIÓN DE CONTIENDAS AMBIENTALES

Ya sobre el fin de nuestro desarrollo cabe aceptar que, cuanto menos, los jueces requieren de una particular habilitación técnica y aun social para asumir con eficacia el compromiso de hacer aplicar adecuadamente las políticas ambientales dispuestas por el poder político en los casos concretos sometidos a su juzgamiento.

En este contexto es posible también evaluar el inmenso poder que pueden desplegar los ciudadanos, muchas veces acompañados por las diversas organizaciones de la sociedad civil, para monitorear tal proceso, circunstancia ésta que muchas veces potencia la conformación de un Poder Judicial independiente.

Ello pues es sabido que la ineficacia de la legislación ambiental tiene que ver, en la mayoría de los casos, con las deficiencias que presenta su aplicación judicial, lo que se evidencia de hábito, en las insuficiencias generales que presenta la administración de justicia, expresadas habitualmente desde la escasa capacidad de respuesta a las necesidades de los justiciables y hasta insuficiencias específicas, propias de la misma administración de justicia en materia de justicia ambiental, lo que incluye, entre otros factores, la inexistencia de operadores jurídicos calificados en este campo ²⁷.

²⁶ SABSAY, Daniel "Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable" en "Simposio...", cit., ps. 42/43, con cita a los precedentes reseñados en la obra *El ambiente en la justicia - Seis casos patrocinados por el Programa Control Ciudadano del medio Ambiente*, FARN, 2001.

²⁷ Cfr. *El desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación*, PNUMA, p. 25. Nos referimos aquí a jueces y abogados.

En suma, creemos con firmeza que la inadecuada capacitación de los magistrados para emprender la solución de conflictos ambientales obsta a la realización del paradigma del acceso a la justicia ambiental. Seguro que ello tiene que ver, como lo expusimos en párrafos anteriores, con la extraordinaria complejidad científico-técnica de los casos ambientales, que dificulta su comprensión y exige pruebas de costosa realización, y también la extraordinaria complejidad de los intereses en pugna, que habitualmente involucran directamente derechos de corte social y legitimación expansiva como lo son los de tercera generación.

No puede olvidarse aquí tampoco la propia complejidad que presenta el derecho ambiental, lo que demanda una peculiar preparación en los jueces y abogados actuantes en estas causas, difícilmente proporcionada en la currícula convencional de la enseñanza del "grado" en las facultades de Derecho, y aun incipiente en la capacitación de postgrado.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Volviendo a la admonición inicial surgen nuevamente nuestras dudas: ¿propiciar la generación de "jueces ambientales"? Creo preferible instar la revisión de criterios de idoneidad judicial, a fin de afrontar este tipo de causas.

No dudo de que la problemática ambiental es holística e integradora de saberes, y por ello concita la generación de un nuevo paradigma.

Aun así, es cierto también que ello no ha obstado a destacar la capacidad, tenacidad y voluntad de muchos jueces, que desde su actuación individual han permitido que en América Latina se inicie un proceso de intervención de los tribunales de justicia en materias ambientales de suma importancia, que está creando una importante jurisprudencia que permite ya hablar de un peculiar "amanecer" de la justicia ambiental, caracterizada por rápidos y muy promisorios avances ²⁸.

Con todo, me permito poner énfasis en lo que aún resta por recorrer —y claro que es mucho— en referencia no solamente a las cuestiones vinculadas con la legitimación para obrar, cuanto a los problemas que ameritan la complejidad probatoria que justifica esta problemática, a lo que aduno también los costos que ellas demandan al intentar actuarse la gestión probatoria, lo que también impacta en la cuestión de imposición de costas.

²⁸ Ver para cotejo, la narración de casos jurisprudenciales que hemos expuesto en *Los derechos humanos de la tercera generación*, cit., y además, las referencias de Gabriela García Minella en *Ley General del Ambiente*, cit. Recomendamos cotejar también "Resúmenes de sentencias judiciales en materia ambiental, pronunciadas por órganos jurisdiccionales de América Latina", PNUMA, nro. 11.

Se trata entonces, justamente, de motivar y capacitar en forma adecuada a los jueces y fiscales, en tanto ellos actúan en contiendas ambientales, para lo que es necesario institucionalizar un espacio de capacitación ambiental, necesariamente interdisciplinario e integrador de saberes, que refleje adecuadamente los logros y yerros en tal sentido.

Así, creemos que no será tan importante hablar del perfil requerido de un "juez ambiental", sino el hecho de valorar adecuadamente al perfil de un juez eficiente, dotado de formación técnica suficiente como para afrontar la complejidad que implica impartir justicia en los tiempos que corren.

Y, particularmente, en lo que respecta a las contiendas ambientales.

En consecuencia, por ahora, y más allá del denodado énfasis que habitualmente ponemos en resaltar la importancia de la cuestión ambiental, cabe indicar aquí lo siguiente: ni tanto, ni tan poco...

LA LEGITIMACIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL

por PEDRO ABERASTURY *

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de derecho tutela en aquellas acciones donde el Estado es parte se ha visto dificultado por la noción tradicional de legitimación que ha caracterizado al derecho administrativo, en la medida en que la clasificación tradicional que condiciona a la aptitud para obrar se encuentra reflejada en la clasificación acuñada por Jellineck, que distinguía entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

La barrera entre el concepto *derecho subjetivo e interés legítimo* es difusa y no se ha logrado caracterizarla de tal manera de contornear sus límites, lo cual ha repercutido en la posibilidad de acceder al control judicial de las actividades desarrolladas por el Estado. Consideramos que en la medida en que exista un pleno control de los actos del ejecutivo, este control actuará en beneficio de la comunidad pública y lo que se fortalecerán serán las instituciones con independencia de quien se encuentre a cargo del ejecutivo en un determinado momento.

La clasificación clásica tripartita, que comprende únicamente a los derechos subjetivos, intereses legítimos y al interés simple, ha sido empleada para determinar quién puede ostentar legitimación a los efectos de ser titular de una acción. En la medida en que en esta relación jurídica el Estado forma parte del mismo, estos derechos debe englobárselos dentro de la categoría de públicos para diferenciarlos de las relaciones jurídicas creadas entre particulares.

Sostenemos que la mayor influencia en nuestro país en este tema ha sido la del derecho italiano, donde la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo adquirió particular significación a partir de lo previsto en la ley de 1889, que estableció el sistema de la justicia administrativa que, si bien con algunas alteraciones, perdura hasta la actualidad donde la tutela del ciudadano en su relación con la Administración se encuentra dividida entre la materia en la cual resulta competente el juez ordinario y la asignada al Consejo de Estado; es el Tribunal de Casación quien resuelve los conflictos de competencia, pero en ambos casos el particular posee el ejercicio de una acción tuitiva.

* Profesor adjunto ordinario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UBA.

La ley de 1889, al definir las características esenciales del recurso al Consejo de Estado, introdujo la noción del "*interesse d'individui o di enti morali giuridici*" sin aclarar su significado y siendo interpretada, por algunos, como formando parte del derecho público subjetivo, constituyendo una facultad del particular fundada en una norma del derecho público. Pero lo importante es que, dependiendo de si se trata de un derecho subjetivo involucrado o de un interés legítimo, ello significó la demarcación relativa a qué juez debía el particular recurrir, al juez ordinario o al juez administrativo.

No estando definida la demarcación entre el interés del individuo y el derecho público subjetivo y pudiendo intervenir el Consejo de Estado únicamente en las cuestiones de intereses, inmediatamente se plantearon las cuestiones de competencia. La Corte de Casación, en el caso Laurens (de 1891), acudió al concepto de *causa petendi*, en lugar de dirimir el conflicto por el derecho o interés involucrado, criterio que quedó ratificado en el caso Trezza (de 1897), estableciendo que si el objeto consistía sólo en la anulación del acto ilegítimo, la competencia era administrativa, situación que la Corte de Casación en 1930 determinó por la naturaleza intrínseca de la controversia, en la medida que tenga por objeto un derecho subjetivo o un interés legítimo ¹.

Por lo tanto, la citada clasificación tuvo capital importancia por tratarse de un sistema dualístico, de lo que se desprende que, en un sistema que admite la revisión de la actividad administrativa en base a un procedimiento dualista, la distinción entre ambos conceptos asume particular relevancia pero, tratándose de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, en el sistema italiano ambos merecen protección, pues el acto ilegítimo se encuentra sujeto a revisión por un tribunal administrativo, con suficiente independencia del Poder Ejecutivo y, en otro caso, por el juez ordinario.

La diferencia entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple se encuentra dada, no por la naturaleza conceptual de cada uno de los mismos, sino por el ámbito de tutela jurídica asignada por una norma antecedente, es decir, el elemento diferenciador entre el derecho subjetivo y las restantes categorías de intereses se encuentra directamente relacionado con el interés jurídicamente protegido por la norma de derecho objetivo. Dentro de una clasificación de intereses jurídicos, en algunos casos la norma los protege de manera exclusiva y excluyente y otras veces, de manera refleja, donde el titular sólo puede invocarla en cuanto resulte tutelado el interés principal, distinguiendo entonces los derechos subjetivos, que se los denomina perfectos de aquellos derechos debilitados ². La doctrina italiana es vastísima y sin que prive una solución pacífica a los efectos de diferenciarlos.

¹ CLARICH, Marcelo, "La giustizia", en *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 2058.

² ITALIA, Vitorio - LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *Manuale di diritto amministrativo*, 13ª ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 136.

De esta manera, se pueden caracterizar los derechos subjetivos, siguiendo a Jellinek, en públicos o privados y la fundamentación de esta clasificación se encuentra en que, en la relación de derecho público, el Estado participa como sujeto activo o pasivo, comportándose el derecho como un interés directo y plenamente tutelado ³. Siguiendo a Zanobini, el interés legítimo se lo puede conceptualizar como "un interés individual estrictamente vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento sólo mediante la tutela jurídica de este último interés" ⁴.

Pero quien explica mejor, a nuestro criterio, la razón de la diferenciación es Alessi, pues afirma que, en el caso de los intereses legítimos, se garantiza un interés instrumental representado por un determinado comportamiento exigible a la Administración, que debe encontrarse ajustado al interés público, pero inadecuado para garantizar al individuo una utilidad sustancial directa e inmediata, por lo que si la Administración viola el comportamiento esperado e impuesto por la norma, no es posible admitir una acción ante la jurisdicción ordinaria, sino a aquellos medios idóneos para corregir el citado comportamiento ⁵.

O sea que no se trata de cualquier interés sino de un interés calificado ⁶, pero cuando esa ilegalidad de la Administración se proyecta a un determinado círculo de intereses, nos encontraremos frente al denominado interés legítimo. Tradicionalmente, se lo entendió como el derecho personal y directo, pero sin contar con la nota distintiva de ser exclusivo y excluyente ⁷, por el cual cada individuo se veía impedido de solicitar la obligación específica. Se trataba de un interés compartido por determinados sujetos que hacía a la tutela jurisdiccional vaga o diluida. El interés simple era aquel que le correspondía a toda persona como miembro de una comunidad jurídica de querer que se cumplan las normas jurídicas.

II. EL ABANDONO DE LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL

La concepción de Alejandro Nieto sobre el abandono de esta clasificación nos informa que tanto Duguit como García de Enterría llegan a una misma conclusión por caminos diversos; el primero considerando que la noción derecho subjetivo es falsa y lo único que puede quedar es la *voie de droit*, regla de derecho, donde lo único importante es la ley donde existe una voluntad obrando conforme a ella a la cual se contrapone otra voluntad disconforme con ésta; mien-

³ ZANOBINI, Guido, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Parte general, Arayu, Buenos Aires, 1954, p. 242.

⁴ ZANOBINI, Guido, *Curso...*, cit., p. 242.

⁵ ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, t. II, Bosch, Barcelona, 1970, p. 456.

⁶ Cfr. GRECCO, Carlos, *La legitimación...*, cit.

⁷ LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos...*, cit., ps. 436 y ss.

tras que García de Enterría lo hace otorgando el importante título de derecho subjetivo a lo que venía siendo llamado derecho subjetivo 8.

Se impone, entonces, la superación de la clasificación tradicional, propuesta por Jellineck, de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, por lo que la doctrina trató de hacerlo a través de la formulación de una categoría novedosa, el interés difuso, donde el enfoque se centra no en la esfera de derechos del individuo frente a la Administración, sino en la de los derechos del individuo como integrante de una comunidad.

En nuestro derecho la clasificación tradicional se la utilizó en forma impropia, pues haciendo uso y abuso de la legitimación procesal, se la dio a entender como sinónimo de prohibición de ocurrir ante un tribunal de justicia, a diferencia del derecho comparado continental, donde la clasificación se utiliza únicamente para distinguir el tipo de acción. Así sucedió con el derecho italiano en cuanto a que la clasificación tuvo por objeto la naturaleza de la acción, esto es, de plena jurisdicción en caso que se invocara un derecho subjetivo, o de anulación si se invocaba un interés legítimo.

Estas notas distintivas no podían ser aplicadas a nuestro sistema constitucional, donde expresamente se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional no podía dirimir conflictos en forma definitiva, por la aplicación de lo dispuesto en el art. 109 (anteriormente 95) de la Constitución Nacional, que otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores que de ella dependen la posibilidad de solucionar las controversias con carácter de definitivo y se prohíbe al Poder Ejecutivo ejercer la función judicial.

En el derecho patrio, amplia fue la influencia al respecto del derecho italiano con la traspolación que sus conceptos tuvieron para el derecho español, y que luego fueron considerados por nuestras normas, siguiendo la doctrina nacional, en mayor o menor medida, esta clasificación 9.

Como ya hemos expresado, el término afectado como titular de la acción que lleva a la protección de los intereses difusos o de incidencia colectiva 10, en un caso jurisprudencial se consideró afectado a un vecino de la localidad que había sido elegida para la construcción de una planta de tratamiento de residuos peli-

⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La discutible supervivencia del interés directo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 12, ps. 39 y ss.

⁹ LINARES, J. F., *Fundamentos...*, cit., p. 436; DIEZ, Manuel María, *Derecho...*, cit., t. V, p. 300; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 528 y ss.; BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 110; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 93.

¹⁰ ABERASTURY, Pedro, "Derecho de amparo - Antecedentes de la acción de amparo en la República Argentina", en *La protección constitucional del ciudadano - Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela*, Fund. Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1999, p. 33.

grosos¹¹ o a los vecinos que se encontraban afectados por una resolución que permitía una construcción alterando el carácter de residencial del barrio¹², con lo que se colige que la existencia de derechos afectados de un individuo no significa, necesariamente, que este daño comience y termine en el individuo, sino que los intereses individuales se encuentran afectados como consecuencia de un daño a un interés social¹³.

Esta nueva terminología constitucional¹⁴ permite afirmar que las diferenciaciones realizadas en la doctrina clásica administrativa, como factor condicionador del control judicial por quien la propugna, ha quedado superada y deben ser nuevamente definidos los límites de la legitimación procesal de otras acciones previstas en el ordenamiento procesal (acción declarativa o de certeza o de inconstitucionalidad y de anulación).

III. INTERÉS DIFUSO Y AGRAVIO JURÍDICO

La doctrina española actual ha dejado de interesarse en la terminología clásica, propugnando la ampliación de conceptos, a fin de abarcar la protección amplia de los sujetos¹⁵, debiendo remarcarse que la evolución del derecho español se realizó a través de otros caminos, pues el principio objetivo de la legalidad francesa, proveniente de la doctrina del recurso por exceso de poder apareció en la medida que se sostuviera que el acto se encontraba viciado en la competencia y la forma y, como se consideró que ello violaba el orden público, de oficio podía ser controlado el acto.

De esta manera, la cuestión se escurrió del concepto de legitimación para recorrer el camino de un recurso objetivo para luego ser adoptada en la Ley Reguladora de la Jurisdicción, a partir de 1956, tanto el interés legítimo como el derecho subjetivo como merecedores de protección. En nuestro país, lamentablemente, se reitera, esta clasificación —a pesar de la reforma constitucional de 1994— viene siendo utilizada para imposibilitar al particular el obtener la revisión judicial, junto con el sistema de plazos breves, de caducidad, dentro de los cuales se debía plantear la acción judicial pertinente.

¹¹ "Schroeder, Juan v. Estado Nacional s/amparo", C. Fed. Cont. Adm., sala III, del 8/9/1994.

¹² "Moro, Carlo E. v. Municipalidad de la Ciudad de Paraná", del 23/6/1995, LL 1997-A-58, con nota de Juan Carlos Cassagne, "El amparo ambiental y la legitimación para accionar".

¹³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 93.

¹⁴ Al convencional Iván Cullen se le debe la redacción final del precepto, 31 reunión 16/8/1994.

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, ps. 142 y ss.

Al tener constitucionalmente un sistema de jurisdicción única, la innovación constitucional, en cuanto amplía la legitimación procesal, como asimismo la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos, que garantizan el acceso a la jurisdicción, tornan necesario el abandono de la doctrina clásica. Ha sido a través de esta clasificación que reiteradamente se ha negado legitimación y, en consecuencia, acción a quien no fuera titular de un derecho subjetivo, pues se ha entendido que el derecho a la legalidad de lo actuado, por parte de la Administración, determina que la legitimación de la acción se la otorgue a quien se encuentra directa y personalmente perjudicado denegando el acceso a la jurisdicción a los restantes titulares de relaciones jurídicas, con la consecuencia de no otorgar protección cuando la Administración incurre en un comportamiento ilegítimo.

Al no existir un Código que regulara la materia contencioso administrativa en el fuero federal, cuando se sanciona la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), 19.549, se inserta el Título IV, que regula el acceso a la instancia judicial pero en la justicia federal se continúa con la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial, que contiene el concepto clásico de legitimación: sólo el titular del derecho subjetivo afectado puede ostentar legitimación activa ¹⁶.

Mientras que el dec. reglamentario 1759/1972 (t.o. 1991) de la LNPA estableció que la vía recursiva y reclamatoria podía ser deducida por quien invocara un derecho subjetivo y/o un interés legítimo, no se le permitió ser parte en el expediente administrativo a quien invocaba un interés simple, permitiéndosele a este último, únicamente, la posibilidad de deducir denuncias, en base al derecho de peticionar ante las autoridades, previsto en la Constitución Nacional, pero sin la posibilidad de recurrir las decisiones que se dictaran durante la tramitación del procedimiento administrativo que dio lugar a raíz de la denuncia.

La LNPA no aclaró la cuestión, pues tanto en el art. 23 como en el art. 25 no se reguló la legitimación activa para obtener la revisión de un acto administrativo unilateral e individual, pero sí para el caso de la impugnación de los reglamentos, ya que el art. 24 requirió la configuración de un agravio, en forma cierta e inminente, al derecho subjetivo del reclamante, lo cual significó que el legislador quiso restringir la acción contencioso administrativa para la impugnación de actos con contenido general, pero no así para el caso de un acto de alcance particular.

Se ha sostenido que la proyección principal de la doctrina del interés difuso o colectivo incide en la posibilidad de recurrir ciertos actos administrativos que lesionan no ya un interés legítimo, personal y directo —según la semántica tra-

¹⁶ El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación distingue entre quien puede ser parte en un proceso, reservando sólo a quien litigue por su propio derecho, de la legitimación para obrar, que no la define (cfr. arts. 40 y 347, inc. 3°).

dicional—, sino a intereses sustanciales que afectan a determinados grupos de personas o bien a la comunidad entera ¹⁷.

Por eso la claridad del concepto derecho subjetivo se pierde y se hace más difuso cuando se quiere conceptualizar al interés legítimo. En el derecho público, estas relaciones de intereses plantean una esfera de valoraciones que, muchas veces, exceden al individuo pues trascienden a la comunidad.

Podemos recordar, a manera de ejemplo, el *arrêt* Samuel de 1892, del Consejo de Estado Francés, en donde la calidad de interés simple directo se le otorgó al habitante del municipio como justificante de la acción, y en el *arrêt* Casanova, de 1901, donde se le permitió a los contribuyentes tener interés en hacer declarar nula una deliberación del Consejo Municipal. Quizás esta amplia legitimación se haya otorgado por la presunción de legalidad de la Administración, entendiéndose que no se abriría un proceso entre las partes sino que en el proceso contencioso administrativo se confronta, objetivamente y únicamente, la legalidad del acto de la Administración.

Desde otra concepción, debe recordarse que a efectos de otorgar legitimación procesal, en los Estados Unidos, en lugar de recurrir a esta clasificación, se alude al concepto de *standing*, y si bien no han conseguido delimitar sus confines, se lo ha querido significar a través de lo que se ha denominado *agravio jurídico* ¹⁸.

En realidad, de lo que se trata es de analizar la relación jurídica que nace entre el ciudadano, afectado por el incumplimiento de la ley, y la acción que le brinda el ordenamiento procesal y de qué manera el incumplimiento objetivo le permite sustentar un agravio.

Ello se enlaza con el requisito constitucional, contenido tanto en la Constitución americana como en la nuestra, que prevé en el art. 116 que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el conocimiento y decisión de todas las *causas* que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, precepto que se encuentra vinculado con la existencia de un caso o controversia real donde se limita el acceso a quien tiene un agravio concreto, por lo que la falta del agravio condiciona el acceso ¹⁹.

Por ello, *la legitimación para obrar se encuentra condicionada a la existencia de causa o controversia*, de tal forma que quien la deduce debe demostrar el interés personal, que evidentemente sobrepasa una cuestión subjetiva.

¹⁷ GRECCO, Carlos M., "Legitimación contencioso administrativa y tutela judicial de los intereses legítimos", LL 1981-C-878.

¹⁸ MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 143.

¹⁹ MAIRAL, Héctor A., "La legitimación en el proceso contencioso administrativo", en *Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 112.

Esa demostración de lo que denominamos interés personal lo resolvió García de Enterría expresando que "consiste esencialmente en la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés"²⁰.

En realidad, al ampliar el concepto de derecho subjetivo para englobar esta clase de interés, lo que hace es otorgarle protección a la ampliación del derecho así entendido, por lo que este galimatías se centra entre definir el uno para que el otro se sienta alcanzado o viceversa, pero lo único cierto es que a través de la legitimación podemos delimitar y restringir la noción de derecho tutelado, por lo que es importante la interpretación del precepto para restringir o no el control judicial de los actos de los poderes públicos.

Habiéndose advertido la importancia que el aspecto procesal desempeña en la protección del derecho y en el acceso a la jurisdicción es que la doctrina y la jurisprudencia, comenzaron a reaccionar contra la rígida caracterización que implicaba que únicamente aquel que invocara un derecho subjetivo podía ostentar la legitimación para obrar, por lo que se debe examinar la concepción tradicional de la legitimación activa para ser titular de la acción.

Es de particular importancia la evolución de la cuestión en Alemania, donde el art. 19 de la Ley Fundamental²¹, admite la posibilidad de acceder a la justicia al lesionado en su derecho, lo cual ha llevado a ampliar la categoría derecho subjetivo por la de derecho público subjetivo, para no restringirla a cuestiones meramente individuales, permitiendo al individuo solicitar del Estado una determinada conducta, de hacer no hacer o dejar hacer, de acuerdo a lo prescrito por las leyes y para el interés del individuo.

La "*Schutznormtheorie*" (teoría de la protección normativa) se deriva del capítulo de los derechos fundamentales, en los arts. 1º a 19 inclusive, de la Constitución Alemana. Esta teoría enuncia, sintéticamente, que para que haya un de-

²⁰ "2. Cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses; a estos derechos subjetivos podemos llamar reaccionales o impugnatorios" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, cit.).

²¹ "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria". Así rezan los dos primeros incisos del art. 19.IV GG que han sido considerados como la "coronación del Estado de Derecho (*Krönung des Rechtsstaates*). En realidad, este precepto constitucional, en cuanto constituye el 'derecho procedimental básico' por excelencia, tiene una importancia capital en la ampliación de los controles judiciales que sobre la Administración se ejercen. De tal precepto, se infieren en particular dos mandatos básicos: la universalidad de la jurisdicción —la plenitud de la tutela o ausencia de lagunas (*Lückenlosigkeit*)—, de un lado, y la efectividad de la tutela, de otro". SOMMERMANN, Karl-Peter, "La justicia administrativa alemana", en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Barnes Vazquez, Javier, Civitas, Madrid, 1993, p. 44.

recho público subjetivo deberán ser tenidos en cuenta dos requisitos en el momento de revisar la viabilidad de la acción:

- 1) La norma que se impugna debe obligar a la Administración a una determinada conducta (es decir, ¿la Administración debe cumplir?).
- 2) Esa norma deberá, según su contenido y finalidad, servir al interés del individuo ²².

El referido art. 19 de la Ley Fundamental nació en Alemania como reacción a los desbordes que se cometieron en la época del III Reich y, conforme con lo dispuesto en el art. 42.2, VwGO, se encuentra legitimado para impugnar aquel que pueda alegar la vulneración de sus derechos y “de acuerdo con la interpretación dominante, basta, sin embargo, que la violación de los propios derechos parezca posible según las alegaciones del actor, comprendiendo a cualesquiera de los derechos públicos-subjetivos, es decir, todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estime dignos de protección” ²³. Es decir, la doctrina alemana protege y otorga legitimación a los intereses legítimos del ordenamiento italiano en la medida en que una norma antecedente condicione el obrar de la Administración y la persona pueda demostrar que es de su interés promover la acción o, lo que es lo mismo, corregir la conducta que el Estado tuvo en miras.

El agravio jurídico, de la doctrina norteamericana, no otorga respuesta a una serie de situaciones que, en el mundo moderno, pueden alterar el bienestar de la comunidad. Es sustancial para el abordaje del tema superar la noción de derecho adquirido, como aquel derecho emanado de una adquisición producto de una relación jurídica entre el Estado y el individuo, para pasar a la categoría de los derechos reconocidos por el ordenamiento moderno al individuo, como integrante de la comunidad a la cual pertenece. Dentro de esta concepción, tampoco alcanza la noción de agravio jurídico si nos detenemos en ocuparnos que sólo el titular del agravio pueda resultar legitimado activo para deducir la pretensión procesal.

De esta manera, en un sistema monista como el nuestro, quien es parte interesada en el procedimiento administrativo muchas veces no puede continuar su actividad impugnatoria en sede judicial, pues sólo se encuentra legitimado aquel que invoca un derecho subjetivo. La utilización de la clasificación tradicional ha llevado a imposibilitar el acceso a la instancia a cierta categoría de intereses, obviando el principio constitucional de que toda persona tiene el dere-

²² “El derecho subjetivo es una figura del derecho general. El derecho público subjetivo se podría sintetizar —desde el punto de vista del ciudadano o individuo— como aquel poder que permite al individuo solicitar del Estado una determinada conducta de hacer, no hacer o dejar hacer de acuerdo a lo prescripto por las leyes y para el interés del individuo”, MAURER, Hartmunt, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1997, p. 149.

²³ SOMMERMANN, Karl-Peter, *La justicia administrativa alemana*, cit., p. 72.

cho a que un tribunal imparcial e independiente revise las decisiones de la Administración ²⁴.

IV. UNA NUEVA CATEGORÍA JURÍDICA

El juez contencioso administrativo federal Oscar H. Garzón Funes fue el primero que posibilitó el control de los actos de la Administración cuando el titular de la acción no era el directamente agraviado. Precisamente, el fallo, firme de primera instancia, fue dictado dentro de un proceso de amparo y los actores habían invocado su preocupación en cuanto a que se podía poner en dudas los recaudos científicos que posibilitaban la captura de catorce toninas overas. En el fallo se argumenta que si la Ley de Procedimientos Administrativos admitió la posibilidad de su inicio por parte de quien invoca un interés legítimo, esta norma ha posibilitado la extensión de la legitimación por quien propugna la protección de este tipo de intereses ²⁵.

El problema de hacer lugar a la acción significaba aceptar la existencia de una suerte de acción popular, que expresamente el sentenciante se ocupa de deslindar, atento que la protección de la fauna se encontraba legislada y el problema radicaba en la falta de legitimación de los particulares para hacer cumplir la misma en toda su extensión, situación que el Estado no había respetado. Si bien el fallo fue criticado porque se consideró que se había aceptado la acción popular, consideramos que abrió el camino para posibilitar la legitimación, no de cualquier persona, sino de aquellos que demostraran un particular interés respecto de la causa llamada a decidir ²⁶, anticipándose en el tiempo al desarrollo que adquiriría el problema.

La posibilidad de dictar un fallo en tales condiciones se encontró condicionado a cuatro cuestiones determinantes: a) la existencia de una norma, previa y antecedente, que el Estado había incumplido; b) el alcance de la petición deducida; c) la justicia de la decisión o, dicho de otra manera, la injusticia que significaría que el juez no restableciera el orden jurídico; y d) el agravio del peticionante.

Respecto de la primera no existen mayores comentarios, atento la existencia de la conducta jurídica predeterminada por el legislador; pero en cuanto a la segunda, si bien el planteo procesal se efectuó a través de una acción de amparo, el objeto de la misma, es decir su petición, fue el restablecimiento del derecho, de manera pronta y eficaz, o lo que es lo mismo, la anulación del acto dictado en

²⁴ ABERASTURY, Pedro - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, 1998, ps. 60 y ss.

²⁵ "Kattan, A. E. y otro v. Gobierno Nacional s/acción de amparo", Juzg. en lo Cont. Adm. Fed. n. 2, LL 1983-D-568, con nota de CANO, Guillermo J., "Un hito en la historia del derecho ambiental argentino".

²⁶ MARIENHOFF, Miguel S., "Delfines o toninas y acción popular", ED 105-245, como comentario al fallo.

contra del ordenamiento jurídico. La tercera cuestión fue que se generaba una notoria injusticia si el juez se autolimitaba en el ejercicio del control frente al incumplimiento de una norma objetiva; y respecto del último supuesto, no se presentó cualquier ciudadano, sino un ecologista que podía sustentar el agravio que la conducta ilegítima le producía ²⁷.

No fue solicitado un beneficio económico o la reparación de un daño y/o perjuicio sino, únicamente, el respeto a la norma jurídica, por lo que en esta clase de relaciones jurídicas, no nos es útil la noción civilista de particular damnificado ²⁸, en donde la relación causal se produce entre el hecho generador del daño y el sujeto pasivo del mismo.

Hemos efectuado una reseña de los distintos alcances interpretativos de lo que puede entenderse derecho o interés jurídicamente tutelado y siempre desde el contexto ordenatorio de una determinada sociedad de convivencia. En la acción de amparo se persigue la no afectación del derecho o su restablecimiento, declarando que la conducta del Estado es ilegítima, por lo que, para lograrlo, se debe acreditar la incidencia de esta afectación sobre el sujeto que deduce la acción ²⁹, con independencia del derecho subjetivo o interés legítimo, difuso o colectivo. En la medida en que el acto o el hecho ocasione cierta incidencia sobre el sujeto, éste encontrará debidamente justificada la *legitimatío ad causam*.

En el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional afectado será, entonces, aquel que pueda alegar un interés jurídicamente tutelado, pudiendo ser titular la colectividad a la cual pertenece, por lo que no tiene, necesariamente, que encontrarse en cabeza del mismo en forma exclusiva y excluyente ³⁰.

Sí será necesario que el acto discutido lo afecte en forma directa y/o indirecta ³¹. De esta manera se supera la clasificación de intereses legítimos, colectivos y/o difusos, para pasar a responder la pregunta concerniente a la legitimación, no respecto de quién puede ser titular de la acción, sino en que debe existir *una norma que jurídicamente tutele el derecho*.

²⁷ El alcance o no de las disposiciones atacadas es lo que diferencia a la acción popular de otros supuestos donde lo único que se persigue es la tutela del orden normativo. Cfr. BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, t. I, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 417; RIVAS, Adolfo A., "Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones poluare", ED 135-869.

²⁸ ZANNONI, Eduardo, "La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 7, p. 109.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán, "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional", ED 166-860.

³⁰ TORICELLI, Maximiliano, "La legitimación activa en el artículo 43 de la Constitución Nacional", p. 84, en la obra conjunta *El amparo constitucional - perspectivas y modalidades (artículo 43 de la Constitución Nacional)*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

³¹ Ver "Seiler, María Leticia v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 28/9/1995, ED 165-214, con nota de Osvaldo A. Gozáni, "La noción de 'afectado' y el derecho de amparo".

Asimismo, en distintos ordenamientos se posibilita este tipo de acción al otorgarle legitimación al *Ombudsman*, situación que en nuestro país ha posibilitado el control de medidas del gobierno, otorgando un efecto *erga omnes* a la sentencia dictada.

Efectuamos un especial énfasis en la legitimación para obrar, pues al encontrarse este concepto imbuido del carácter civilista, responde generalmente a los contenidos de la clasificación tradicional, que consideramos insuficiente para explicar las relaciones jurídicas que surgen entre el Estado y el individuo, como persona inserta en una comunidad.

El interés público, cuya finalidad persigue todo accionar del Estado, no se encuentra desconectado con la norma jurídica que le fija su competencia para obrar y si no permitimos el control, a través de la intervención del ciudadano, nunca lograremos reforzar el Estado de derecho. La clasificación tripartita tradicional no permite apreciar aspectos propios del derecho público, en donde la actuación del sujeto se desarrolla siempre dentro de la esfera de los intereses públicos.

De lo expuesto se desprende que en esta clase de relaciones jurídicas el derecho público subjetivo no puede ser analizado en base a las relaciones jurídicas aplicable a los particulares, porque si bien son ley para las partes, estas relaciones jurídicas, estos intereses, no persiguen el logro, las metas, de esta clase de intereses.

Compartimos el criterio de Quiroga Lavié cuando dice que no se trata de intereses difusos, sino de "intereses de pertenencia difusa, imprecisos en cuanto a la identificación de las personas que están afectadas por la acción u omisión de quien tiene el deber público de cuidar el patrimonio de la sociedad"³², debiendo agregar que estos intereses se nutren de la existencia de una determinada norma que le impone al Estado una conducta determinada.

Consideramos, por tanto, que el concepto interés difuso no se encuentra dentro de una escala intermedia entre el derecho subjetivo o el interés legítimo, sino que se trata de una nueva conceptualización que no puede ser caracterizada como perteneciente a una interpretación expansiva de cualquiera de los tres conceptos de la clasificación tradicional, *pues se trata de una esfera de relaciones que se nutren de aquellos derechos de naturaleza pública, que obligan a extender el ámbito tradicional de la tutela judicial. En la medida que se posibilite el acceso a la jurisdicción al titular de esta clase de intereses, se estará defendiendo la aplicación de las normas que disponen una actuación del Estado en favor del individuo.*

Si el afectado plantea una controversia, deberá analizarse la naturaleza del perjuicio que genere la conducta de la Administración para que sea coherente con la decisión que se adopte. Entonces, en principio, si sólo se persigue la declaración de ilegitimidad de la actuación administrativa, en un caso específico, el afec-

³² QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 107.

tado, como titular de un determinado interés, podrá ser titular de cualquier acción procesal y no restringido a la acción regulada en el mentado art. 43 de la Constitución Nacional.

Los derechos públicos, susceptibles de ser afectados, serán los reconocidos constitucionalmente y en las normas que posibiliten su ejercicio y en modo alguno se puede justificar la interpretación restrictiva del concepto derecho subjetivo a los efectos de entrar en la conducta contradictoria que signifique permitir al interesado una amplia participación en el expediente administrativo y, por el otro, vedarle el acceso al control judicial ³³.

Hemos dicho que el derecho público subjetivo contempla aquella categoría de relaciones jurídicas que protegen al individuo en función de su inserción dentro de la sociedad y como copartícipe de un interés que excede al mero interés privado, y si lo explicamos únicamente en relación al sujeto, no se abarcará la totalidad de las posibilidades en el contexto en el cual interactúa el individuo, reitero, como ser social.

A los nuevos derechos incorporados los constituyentes les otorgaron una determinada legitimación, designándolos como derechos de incidencia colectiva, lo cual es totalmente correcto pero insuficiente en la medida en que no se le otorga legitimación y por tanto acción a los afectados por una conducta nacida en el Estado en contra de una determinada normativa; el desconocimiento de esta normativa y el intento de restablecer el principio de legalidad constituye suficiente agravio jurídico, por lo que legitimación y causa constituyen dos caras de una misma moneda: el respeto por parte del Estado a la norma jurídica y la declaración de ilegitimidad si se la contraviene.

Si creamos una nueva categoría o ampliamos la existente solucionamos el problema de la titularidad de la acción, pues estamos protegiendo una determinada legalidad. Se trata de una solución procesal no del todo convincente, pues, constitucionalmente, es necesario la existencia de una *causa* para que el juez pueda intervenir. Igualmente, podemos asistir a ordenamientos que otorguen la posibilidad de ser legitimados ³⁴.

³³ ABERASTURY, Pedro - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, cit., p. 64.

³⁴ Caso del Código Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires, que dispone en su art. 4º que "Son parte legítima para iniciar la causa contenciosoadministrativa los titulares del derecho vulnerado o del interés legítimo afectado...". La Constitución de San Juan y la Constitución de Salta protegen el interés legítimo. En cuanto a los restantes códigos, el Código Contencioso Administrativo para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también otorga legitimación a quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos e intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (art. 6º, ley 189). En el ordenamiento provincial otorgan legitimación para accionar en la acción de anulación al titular de un interés legítimo los códigos contenciosos de las provincias de Catamarca, art. 13, Córdoba, art. 3º, Corrientes, art. 1º, Chaco, art. 18, Entre Ríos, art. 1º, Jujuy, art. 1º, La Pampa, art. 2º, La Rioja, art. 1º, Mendoza, art. 1º, Misiones, art. 1º, y Santa Cruz, art. 6º.

Dentro de esta concepción, la limitación no la observaremos en cuanto a la legitimación para accionar, sino en el interés concreto del accionante para poder deducirla exitosamente. Si también se amplía la categoría del derecho invocado, la *causa* que se lleve a conocimiento del juez³⁵ permitirá a este último ponderar, en el caso específico, el grado de afectación.

Deberá analizarse la naturaleza del perjuicio que le genere la conducta administrativa al afectado para que sea coherente con la decisión que se adopte y este examen debe partir de la existencia de un control de legalidad, respecto del desconocimiento de la norma involucrada por parte de la Administración. Entonces, si sólo se persigue la declaración de ilegitimidad de la actuación administrativa, el término afectado debe ser utilizado en su acepción más amplia, pues la controversia es objetiva —legalidad de la actuación—. Sin embargo, será necesario la existencia de un caso concreto, no admitiéndose una declaración abstracta sobre el particular³⁶. Para que exista este interés concreto debe mediar una necesaria relación (no por cierto directa) entre aquel titular de la acción y la medida cuya ilegitimidad se pretende sea declarada, y la única posibilidad de concederlo es a través de un nuevo concepto de derecho público subjetivo que no se asiente en la categoría del derecho privado.

En nuestro sistema judicial, al ser de jurisdicción única, negar legitimación procesal al afectado significaba negar el acceso a la instancia judicial. Gradualmente, como se ha puesto de resalto, la jurisprudencia se ha dado cuenta de que, en base a la clasificación tradicional, se ha negado la garantía del debido proceso, haciendo prevalecer una situación formal sobre la sustancial, lo cual no se condice con el Estado de derecho y con el rol asignado al juez, de custodio de la actuación de los otros poderes del Estado. Una ampliación de la categoría de derecho público subjetivo o la creación de una nueva, tal cual sustentamos, permitirán al juez desarrollar el control y otorgar protección, a través de una postura realista del ejercicio de la tutela judicial efectiva.

³⁵ Nótese la vuelta de tuerca que puede realizarse al respecto si se sostiene que la competencia del Poder Judicial nace de la causa o controversia y ella no existirá en la medida que no haya "partes adversarias con interés personal en el asunto" como también afirmando que: "Debe también señalarse que la ampliación de la legitimación para estos casos por el legislador, sería válida para la actuación en sede administrativa pero inconstitucional si se pretendiera legitimar el interés difuso en sede judicial, por directa aplicación del art. 116 y para el amparo, art. 43 de la Constitución Nacional". BARRA, Rodolfo Carlos, "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", LL 1994-E, Sec. Doctrina, 1087 y ss.

³⁶ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 825.

V. LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO

I. Los terceros

Otra manera de intervenir en procesos de esta naturaleza es a través de la institución del tercero. La clasificación de los intervinientes en el proceso civil puede realizarse en base a la legitimación *ad causam* y *ad procesum*, en donde los primeros tendrán la posibilidad de obtener un pronunciamiento que los obligue, en su carácter de partes principales, por aplicarse entre ellos *un conflicto intersubjetivo de intereses*³⁷ y el concepto procesal de parte comprenderá a ambos supuestos.

La irrupción en el proceso de los denominados terceros, por oposición a la noción de parte principal, se puede producir de tres maneras distintas: a) principal litisconsorcial, b) adherente o coadyuvante autónoma y c) adherente o coadyuvante simple.

La intervención principal litisconsorcial implica el ejercicio, por parte de un tercero, de una pretensión principal pero compatible con la de alguna de las partes, la coadyuvante autónoma es la que realiza un tercero ajeno a la relación jurídica entre las partes dando apoyo a alguna de ellas, pero no ejerciendo una pretensión propia, mientras que la simple significa la intervención de un tercero a los efectos de colaborar con alguna de las partes³⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe referirse que la figura del litisconsorcio necesario surge cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, las que deben intervenir obligatoriamente en el proceso, ya que se trata de litigantes omitidos a los cuales el juez debe llamar a integrar la litis. La intervención coactiva del litisconsorte principal se desprende en la medida en que exista la posibilidad de ejercer una acción regresiva contra el tercero o cuando exista una conexidad por la cual la sentencia pueda afectarlo en sus derechos³⁹.

Debe diferenciarse esta figura del litisconsorcio facultativo, en cuanto se trata del ejercicio de acciones que son conexas por el título y/o por el objeto, siempre entre las mismas partes⁴⁰.

³⁷ MORELLO, Augusto - SOSA, Gualberto Lucas - BERIZONCE, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. II-B, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 362.

³⁸ Cfr. MARTÍNEZ, Hernán J., *Intervención coadyuvante autónoma de terceros (La vertiente alemana en el procesalismo argentino)*, Zeus, Colección Jurisprudencial, t. 41, mayo-agosto 1986, Rosario. Coincidimos con el autor citado en cuanto a que el tercero excluyente no forma parte del tema, pues para ello se encuentra la figura de la acumulación de acciones, que se encuentra reglamentada en los arts. 87 y ss., CPCCN.

³⁹ El art. 89, CPCNN, dispone: "Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso...".

⁴⁰ Art. 88, CPCCN.

Es conveniente, entonces, distinguir la figura del litisconsorcio de la intervención voluntaria o adhesiva, que surgirá cuando el tercero interviene en un proceso ajeno, adhiriendo o coadyuvando a la posición de alguna de las partes o colaborando con ella ⁴¹, porque en la primera el litisconsorcista interviene por necesidad, mientras que en la otra lo hace por conveniencia ⁴².

En el caso de la intervención adhesiva, se irrumpe en el proceso porque se considera que la sentencia puede afectar un interés propio, su actuación será accesoria y subordinada a la de la parte que apoya, no pudiendo alegar o probar lo que le estuviera prohibido a la parte principal mientras que si el derecho sustancial le hubiera permitido intervenir como actor o demandado, actuará como litisconsorte de la parte principal y tendrá sus mismas facultades procesales ⁴³.

Del esquema establecido en la ley procesal nos interesa el examen del tercero que interviene en el procedimiento en forma voluntaria y adhesiva, surgiendo de la misma que el coadyuvante no es un representante del coadyuvado, sino que, en realidad, actúa en un interés que le es propio pero subordinado a los planteos del principal.

Couture individualiza al tercero coadyuvante en función de sus características propias, definiéndolas de la siguiente manera: "*intervención espontánea (no provocada ni requerida por un litigante principal); voluntaria (no necesaria, en razón de medidas de garantía tomadas contra bienes del tercero que se ve, a raíz de ellas en la necesidad de defender su propiedad o posesión); coadyuvante (no en forma de oposición de intereses con el actor o el reo); en proceso ordinario (no ejecutivo ni sumario); individual (no colectivo, como quiebra y concurso)*" ⁴⁴.

La posibilidad de conceptualizar al tercero como parte y la influencia de las escuelas alemana e italiana han determinado las facultades procedimentales que se le reconocen al tercero, que efectúa una adhesión voluntaria y coadyuvante a cualesquiera de las partes ⁴⁵.

⁴¹ Cfr. art. 90, CPCCN.

⁴² AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Acerca de las partes demandadas en los procesos de revisión judicial de la actividad jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos nacionales", en *Derecho procesal administrativo*, Juan Carlos Cassagne, director, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1084.

⁴³ Cfr. art. 91, CPCCN.

⁴⁴ COUTURE, Eduardo J., "Situación procesal del tercero coadyuvante", LL 43-237. El autor nos informa que esta conceptualización del tercero coadyuvante es netamente influencia alemana, pues proviene de la legislación del siglo XIX, que fuera aceptada posteriormente en la Ordenanza de 1877, mientras que la corriente italiana respondió a la reglamentación del tercero, estableciendo que el interviniente es una nueva parte en el juicio, que se corresponde a una antigua tradición de la escuela italiana del siglo III, habiendo seguido las Leyes de Enjuiciamiento Españolas el sistema italiano.

⁴⁵ "Esa intervención coadyuvante confiere, a nuestro modo de ver, al tercero, la condición de parte. A diferencia de lo que sostiene con unanimidad la doctrina alemana (35), pensamos que dentro la tradición latina, un tercero que se incorpora al proceso lo hace siempre

En tales condiciones, el ordenamiento procedimental civil no requiere, para su intervención, una legitimación para obrar, sino que le otorga una legitimación procesal plena, no existiendo por ello un límite temporal en cuanto a su irrupción en el proceso ⁴⁶, por lo que podrá intervenir, inclusive, en grado de apelación aunque no hubiere intervenido con anterioridad a la sentencia que se apela ⁴⁷.

2. La restricción de la participación del tercero coadyuvante

En el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, de 1903, donde se exigía para estar legitimado, en su art. 28, la vulneración de un derecho subjetivo, de carácter administrativo, en el art. 48 se estableció la figura del coadyuvante, en la medida en que éstos hubieren resultados favorecidos con la resolución administrativa que motivó la demanda.

Según nuestra opinión, a pesar de que el codificador Varela expresó que no había sido influenciado por ordenamientos ajenos, es indudable la semejanza con la Ley Santamaría de Paredes, de 1888, que estableció el requisito de la titularidad de derechos subjetivos perfectos para acceder a la jurisdicción, en contraposición con la creación del Consejo de Estado Francés del recurso de *excés de pouvoir*, donde surge el derecho del ciudadano, al consagrar el principio de la legalidad objetiva, principio que puede ser invocado por éste para revisar y asegurar la legalidad del quehacer de la Administración. Actualmente, no se le reconoce una verdadera autonomía, aunque se la recepta en el art. 30 de la LJ ⁴⁸.

En la doctrina española existió unanimidad en aceptar al coadyuvante de la Administración ⁴⁹, pero no así respecto del coadyuvante del particular, lo cual

por un interés jurídico suficiente como para investirlo de los atributos propios de la parte. Del hecho de que no disponga de un término de prueba propio y de que no pueda hacer retroceder la instancia, no se sigue de que carezca de los tributos de parte.

"Estas consecuencias no son sino las naturales derivaciones de su tardanza de incorporarse al proceso. No se hallan instituidas tanto en contra del tercero como en pro del adversario de la parte ayudada. Derivan esas consecuencias de la propia libertad de que dispone el tercero de incorporarse o no a la distancia. Ya hemos visto que su incorporación es voluntaria y que no tiene más alcance que evitarse la ulterior discusión derivada de su postre litigio sobre la "*inter alios iudicata*". En lugar de discutir en la ejecución, él prefiere hacerlo con las ventajas del proceso de conocimiento", COUTURE, Eduardo J., "Situación procesal del tercero coadyuvante", LL 43-241.

⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, Madrid, 1990, p. 175.

⁴⁷ MARTÍNEZ, Hernán J, *Procesos con sujetos múltiples*, t. I, La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 298.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1982, p. 533.

⁴⁹ TAWILL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 93.

fue resistido, distinguiéndose la intervención del tercero litisconsorcial, por mantener una pretensión con carácter de parte principal, pero defendiéndose la figura del coadyuvante, pues implica la protección de los derechos de quien pudiere resultar alcanzado por el acto en crisis ⁵⁰, es decir, actualmente se admite la intervención del coadyuvante en la medida en que acompañe la postura de la Administración, pues al coadyuvante del particular se lo considera ajeno al ordenamiento jurídico español ⁵¹.

En la Ley General de de la Administración Pública de Costa Rica nos encontramos con esta figura en los arts. 226 y 227; y en la Ley Peruana, en el art. 60, se establece la obligación de su citación en la medida en que estuvieren determinados, pero que sus intereses pudieren ser afectados por el acto a dictarse ⁵².

La jurisprudencia de nuestros tribunales, en general, no se ha ocupado, al momento de delinear las facultades del tercero, de definir previamente de qué clase de tercero se trata. Ello ha traído una confusión, pues es evidente que el tercero litisconsorte no puede ser asimilado al tercero adherente voluntario.

De ello se extrae que las conclusiones a las cuales ha arribado la doctrina y la jurisprudencia no han sido, muchas veces, claras, pero los problemas que se plantean se refieren a las facultades procesales y a los efectos de la sentencia respecto de ellos. En consecuencia, dentro de nuestra clasificación de terceros nos encontramos con el tercero que integra la litis en su condición de litisconsorte, es decir, como parte necesaria para el desarrollo del proceso, por lo que debe ser asimilado a la parte principal y otorgarle los mismos atributos procesales.

El tercero adherente o coadyuvante autónomo y el tercero adherente o coadyuvante simple tienen como carácter común, como hemos expresado, que intervienen en el proceso en forma ajena a la relación jurídica de las partes: a) dando apoyo a alguna de ellas, pero no ejerciendo una pretensión propia, aunque considera que la solución del caso podrá repercutir en su derecho, en el caso del coadyuvante autónomo, o b) a los efectos de colaborar con alguna

⁵⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El coadyuvante y el recurso de apelación", *Revista de Administración Pública*, año VI, nro. 16, enero-abril 1955, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 139.

⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, p. 164. Expresa el autor: "En principio, no hay razón alguna para no admitir la intervención adhesiva tanto al lado del demandante —sea o no la Administración pública— como de la parte demandada. Sin embargo, mientras este último supuesto ha sido admitido con generalidad, no ha ocurrido así respecto de la coadyuvante de la parte demandante: si se admitía por lo general cuando era demandante la Administración en los procesos de lesividad, sólo en algunos procesos.

⁵² BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Legis, Colombia, 2003, p. 96.

de ellas, en el caso del coadyuvante simple, pero no porque considere que su interés jurídico puede encontrarse directamente comprometido con la decisión que se adopte.

De acuerdo con esta clasificación, el coadyuvante autónomo no puede ser equiparado a un litisconsoreista, pero se advierte que ostentaría una legitimación para obrar disminuida, mientras que en el caso del tercero coadyuvante simple, la legitimación para obrar, directamente, es inexistente ⁵³.

En una u otra hipótesis, aun en el caso de que la norma procesal le asigne el carácter de parte, en su esencia no lo es, sino que se trata de un sujeto que interviene en forma eventual ⁵⁴.

Debido a ello la jurisprudencia le ha restringido las facultades a la intervención del tercero adhesivo y coadyuvante, estableciendo los principios de irretrogradación y no suspensión de los procedimientos por el carácter de accesorio de su intervención y porque debe aceptar el proceso tal como se encuentra. Asimismo, se le ha negado la facultad de recusar sin expresión de causa por tener que subordinar su actuación al de la parte principal ⁵⁵. Por otra parte, sin mayor explicación se ha establecido que lo afectan los alcances de la cosa juzgada, lo cual no coincidimos, siguiendo a Díez, pues la subordinación a los planteos de la parte que coadyuva condicionan el ejercicio del derecho a la defensa ⁵⁶.

3. El coadyuvante en la acción de amparo

El art. 43 de la Constitución Nacional no regula la intervención en el proceso del amparo de la figura del tercero coadyuvante, pero es evidente que ha ampliado la figura de la legitimación procesal para deducirlo a través de legitimar al afectado. La ley 16.986 tampoco reguló específicamente el supuesto de intervención de terceros, pero la doctrina consultada se inclina mayoritariamente por admitirla, no obstante el silencio legal ⁵⁷.

⁵³ C. Nac. Com., sala B, 26/2/1996, ED 167-426, con nota de Fernando H. Payá.

⁵⁴ ED 168-432.

⁵⁵ Queja en autos: "Asociación Civil Cruzada Cívica para la Defensa DCYUSP v. Ente Tripartito de Obras Servicios Sanitarios res. 66/1995 s/medida cautelar (autónoma)", del 15/11/2001, C. Nac. Fed. Cont. Adm., sala III, nro. exp.: 20.426/2001.

⁵⁶ La cosa juzgada derivada de la sentencia sólo afecta a quienes hubieran intervenido en el proceso en calidad de partes, y no aprovecha ni perjudica a los terceros (C. Nac. Civ., sala C, 25/11/1975, ED 66-189). En contra: "La intervención en el proceso como tercero tiene por consecuencia que la sentencia a dictarse pudiera serle oponible a éste en un eventual proceso ulterior (C. Nac. Civ., sala C, 18/12/1974, ED 65-143).

⁵⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, ps. 402-403. Concordantemente, se ha dicho que "La ley de amparo posibilita el juego del instituto mencionado, desde que se remite en su art. 17 a las disposiciones proce-

En el caso "Productex SA" se analizó la procedencia del tercero en el proceso de amparo, ya que allí el juez civil y comercial de La Plata, doctor Jorge P. Viñals Blake, en sentencia firme, sostuvo como procedente la acción de amparo cuando, además, la ocupación de una fábrica por sus obreros perjudica a terceros a quienes el acto lesivo, motivo del amparo, los priva de energía eléctrica. Así expresó que "Inversamente se denomina tercero perjudicado en el derecho mexicano a la parte contraria del agraviado, o sea, a quien beneficia el acto lesivo. El acto que motiva la acción de amparo emana del demandado y agravia al actor o demandante, pero puede existir un tercero a quien el mismo acto lo beneficia y que, en consecuencia, se ve perjudicado si el amparo prospera, y este tercero es el denominado tercero perjudicado si el amparo prospera, y este tercero es mantenga. contrariamente a la pretensión del actor que, por entenderse lesionado, busca su cesación o reparación." Citando a Orantes, Lazzarini expresa que: "El interés jurídico de un particular, en pro de la subsistencia del acto reclamado, determina la existencia del tercero perjudicado en el amparo y la necesidad legal de llamarlo a juicio para darle oportunidad de defender ese interés jurídico" ⁵⁸.

No debe olvidarse que no nos encontramos frente a una acción de naturaleza civil, sino ante una acción propia del contencioso administrativo que, evidentemente, por la naturaleza del sujeto que es parte, posibilita que la decisión que se dicte afecte a un universo de personas ⁵⁹.

Como hemos analizado, la sola invocación de un interés legítimo posibilita la participación de un tercero en el procedimiento administrativo, otorgándole el carácter de parte. Sin embargo, este carácter se restringe en el caso de que se deba acceder a un tribunal de justicia cuando el interés que se persigue no configura una legitimación para obrar ⁶⁰.

sales en su vigor; pero es necesario tener en cuenta que deber ser adaptado a las finalidades y características de la acción, de modo de no desvirtuarla ni obstruir su rápido desarrollo" (RIVAS, Adolfo A., *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires, ps. 253-255).

⁵⁸ LAZZARINI, José Luis, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, ps. 282-283.

⁵⁹ "Corresponde admitir la intervención de terceros en el proceso de amparo cuando resulta necesaria para la integración de la litis, por la presencia de una comunidad de controversia con las partes originarias, estando a cargo de quien la solicita la demostración de tales extremos" (Corte Sup., 14/12/1999, "Zolfracor SA v. Estado Nacional s/amparo", Fallos 322:3122).

⁶⁰ "La fundación Mujeres en Igualdad es una entidad cuyo objeto consiste en luchar contra la discriminación de la mujer. Por lo tanto, en el amparo iniciado por ésta a fin de que se ordene el cese de la práctica que califica de discriminatoria contra las mujeres que imputa al Instituto de Educación Física nro. 1 "Dr. Romero Brest", dependiente de la Secretaría de Educación de la Ciudad, en tanto —afirma— dicho instituto asigna una cantidad menor de vacantes para las mujeres que para los hombres, cumple con el requisito constitucional atiende a la finalidad que deben investir las asociaciones para poder accionar por la vía del amparo para la protección de intereses de incidencia colectiva" (Cont. Adm. y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 12/12/2000, ED 193-263).

No es ocioso recordar que la legitimación del afectado, realizado por el art. 43 de la Constitución Nacional, ha permitido ampliar la legitimación, situación que la encontramos en los casos en que las asociaciones mencionadas en el mencionado artículo han articulado una acción de amparo en tutela de los objetivos previstos en su estatuto fundacional.

Pero a los efectos de encontrarse legitimados procesalmente, nada obsta a que actúen en el proceso judicial como coadyuvantes, ya sea por evidenciar un interés propio o al solo efecto de colaborar con el pretensor en la medida en que el interés provenga de su objeto estatutario, destacándose que en este supuesto no existe una relación intersubjetiva, sino que únicamente se realiza la presentación en apoyo de alguna de las partes, que son parte en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial, ya que la solución del caso podrá tener una incidencia en la esfera de actuación del coadyuvante ⁶¹.

VI. LA LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y DE LAS ASOCIACIONES

La posibilidad de que una persona pública o una asociación que tenga por objeto la defensa de intereses relacionados con el medio ambiente actúe como tercero se encuentra admitido en la reglamentación de la LNPA, pues ésta no efectúa diferenciación alguna ⁶².

En tal sentido, es nuestra opinión que la intervención de dichos entes debería ser admitida en el carácter de coadyuvante adhesivo. El caso particularizado lo encontramos en el órgano Defensor del Pueblo de la Nación, ya que se trata de un ente constitucionalmente independiente ⁶³, que posee autonomía plena en el área funcional y dentro de sus deberes se encuentra el de efectivizar el control del ejercicio de la Administración.

El art. 43 previó la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, la cual fue objeto de expreso reconocimiento. El art. 86 dispone que este órgano independiente tiene por función la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración. *Tiene legitimación procesal* expresa la norma comentada, pero no aclara respecto de qué clase de acciones.

Con anterioridad a 1994 se había dictado la ley 24.284, que reguló las funciones y competencias del Defensor del Pueblo de la Nación, siendo elevado a la categoría de órgano constitucional por la reforma, en el mentado art. 86. Es decir, con anterioridad a la vigencia del precepto constitucional referido, donde se

⁶¹ C. Nac. Com., sala C, 19/3/1973, "Santos Ortega, Gonzalo v. Oseda, Aurelio", ED 50-415.

⁶² Cfr. art. 74, dec. 1759/1972 (t.o. 1981).

⁶³ Conf. art. 86, CN.

le otorgó legitimación procesal, el art. 14 conformó el marco legal de su actuación, facultándolo a iniciar y proseguir de oficio las investigaciones respecto de hechos u omisiones de la Administración Pública nacional, pero en lo que es materia que nos ocupa, respecto del "ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar intereses difusos o colectivos".

Consideramos que podría asumir el carácter de parte en el procedimiento administrativo, pero esta postura es a todas luces inconveniente, en cuanto ello significaría colocarse en una posición de subordinación frente a la decisión de la Administración, a la cual es llamado a controlar.

A pesar del texto constitucional y la ley que lo rige, hemos observado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha impedido su intervención en los procesos judiciales, en contra de lo expresamente previsto en el art. 86 de la Constitución.

En efecto, en Fallos 323:4098 se expresó que la reforma a la ley 24.284, mediante la ley 24.379, al dejar subsistente el art. 21, que estableció la suspensión de la intervención del Defensor cuando el particular asumiera su defensa, significaba que el legislador había reglamentado la facultad comprendida en el precepto constitucional, conforme la doctrina que se venía sosteniendo en Fallos 321:1352 y 323:4098.

Para así decidir no se tuvo en cuenta que el Defensor del Pueblo de la Nación es un órgano de control de los derechos colectivos de la comunidad y, en base a los mismos, cuando lo que se busca es corregir una conducta de la Administración, en base al presupuesto del art. 43 de la Constitución Nacional y de los nuevos derechos incorporados en los arts. 41 y 42, tiene una legitimación indudable para continuar con la defensa de los derechos colectivos. La Corte Suprema parecería haber asumido esta postura en el caso "Camuzzi Gas del Sur", del 15/8/2002 (Fallos 325:2037).

Negar la legitimación y no considerarla ni siquiera en la posición de tercero coadyuvante adhesivo, no condice con la realidad y configura una doctrina jurisprudencial irrazonable⁶⁴ que no es razonable con el marco de actuación establecido en el art. 86 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, no compartimos la postura según la cual la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo es amplia en materia administrativa y restringida judicialmente para el supuesto de inexistencia de daño concreto, ya que se trata de una facultad preponderantemente anulatoria sin que medie necesidad de rela-

⁶⁴ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", en *Derecho procesal administrativo*, t. I, Juan Carlos CASSAGNE, director, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 482.

ción jurídica individualizada, susceptible de generar perjuicios a sujetos determinados ⁶⁵.

El Defensor del Pueblo forma parte de los denominados "órganos de control externo de la Administración" y en cuanto a su legitimación posee como característica esencial la defensa de los derechos de incidencia colectiva ⁶⁶, por lo que le reconocemos el carácter de parte en la defensa de los derechos de incidencia colectiva y adhesiva y coadyuvante, en la medida en que acompañe la pretensión de un particular.

Dentro del ámbito de actuación del Defensor del Pueblo se excluyó al Poder Legislativo y al Poder Judicial en el art. 16 y fue en base a esta exclusión que no se le permitió ser parte en los reclamos realizados por los jubilados, cuyas causas se encontraban a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁶⁷ aunque en la misma se presentó exhortando a la Corte a que diera una rápida solución a los innumerables recursos en trámite, es decir, procesalmente, si se comportaba como tercero, no podía ir más allá de las cuestiones procesales que se encontraban precluidas al momento de su presentación.

Consideramos que la decisión fue desacertada ⁶⁸, pues ello significaba el desconocimiento de la norma constitucional. La legitimación debe interpretarse con la lectura de la primera parte del citado art. 86 y el encuadre legitimante expresado en el primer apartado del art. 43. Así, nos surge en forma clara que el remedio constituido por la acción de amparo admite la presentación del Defensor del Pueblo como parte en el proceso o como tercero coadyuvante. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación parecería haber cambiado de

⁶⁵ ABERASTURY, Pedro - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 78.

⁶⁶ Conf. MAIORANO, Jorge Luis, "El Defensor del Pueblo", en *El derecho administrativo argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, p. 112.

⁶⁷ "Frías Molina, Nélide Nieves v. INPS - Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad del 12/9/96", ED 169-433, con nota de Rodolfo Barra, Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde coincidió con la posición de la Corte a través de una interpretación que obviaba analizar el art. 86 de la Constitución Nacional. Sin embargo, recibió el reproche de SPOTA, Alberto, "El Defensor del Pueblo", ED 170-987; QUIROGA LAVIÉ, "Luz del día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema", LL 1997-A-67, y de quien ejercía el cargo, MAIORANO, Jorge, "La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: de la Constitución a la Corte Suprema", LL 1997-A-808. QUIROGA LAVIÉ, en su libro citado *Amparo colectivo*, volvió sobre el tema, ver p. 230.

⁶⁸ "Consumidores Libres", C. Cont. Adm. Federal, sala V, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo de LL 6/12/1995, con nota de Juan Carlos CASSAGNE, "De nuevo sobre la legitimación para el accionar en el amparo"; GORDILLO, Agustín, "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva. Derechos de incidencia colectiva", en la obra común, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 274.

criterio, pues si bien la mayoría no se hizo cargo del tema, la minoría en su actual integración consideró que no sólo este órgano cuenta con suficiente legitimación para obrar a efectos de interponer cualquier clase de demanda y peticionar la inconstitucionalidad de las normas ⁶⁹.

Asimismo, esta situación se encuentra claramente definida a favor de aquellas asociaciones cuyos objetivos sean el de tutelar ciertas conductas, mencionada por la norma en análisis, que permiten que tomen a su cargo la defensa de los intereses colectivos a través de la interposición de la acción de amparo ⁷⁰.

⁶⁹ Ver "Defensor del Pueblo de la Nación v. E.N. CP.E.N.C M.E. - dec. 1738/1992 y otro s/proceso de conocimiento", 24/5/2005. El voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti, luego de historiar las manifestaciones realizadas en oportunidad de sancionarse el art. 86, CN, y los ordenamientos vigentes en el derecho comparado extranjero y nacional, llegan a la conclusión que el Defensor del Pueblo de la Nación cuenta con legitimación procesal suficiente a efectos de deducir cualquier clase de acción. Es ilustrativo el voto del Dr. Maqueda cuando expresa: "14) Que una vez delineada la legitimación judicial del Defensor del Pueblo en los términos dispuestos por los arts. 43 y 86 de la norma fundamental y precisado el alcance de la ley 24.284 y su modificatoria 24.379, de manera de hacerla compatible con el texto constitucional, corresponde pronunciarse acerca de la pretensión de los recurrentes en el sentido que el Defensor del Pueblo estaría impedido de plantear la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en el caso la de la ley 24.076, pues ni el art. 86 de la Constitución Nacional ni la ley 24.284 permiten a aquel funcionario fiscalizar la actividad formal o material del Congreso, sino que su ámbito de actuación se circunscribe a hechos, actos u omisiones de la Administración. La reforma constitucional de 1994 incorporó en el art. 43 de la norma jurídica de base la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas en las que se funda el acto u omisión lesiva de un derecho fundamental, estando habilitados para su cuestionamiento cualquier persona, disposición lo suficientemente amplia para no excluir al Defensor del Pueblo (primer párrafo de la norma constitucional indicada). A su vez, el segundo párrafo del art. 43 determina supuestos especiales e individualiza a los sujetos habilitados para interponer la acción de amparo, dentro de los cuales se encuentra el Defensor del Pueblo. En consecuencia, carece de sustento constitucional, y sería contradictorio, reconocer que aquella norma permite al Defensor del Pueblo cuestionar la constitucionalidad de una ley o norma y, al mismo tiempo, negarle la facultad cuando se trate de otro tipo de acción que, precisamente, por la diversa naturaleza respecto del amparo permite un examen exhaustivo de los hechos y normas cuestionados y que, probablemente, son la razón de la intervención del Defensor del Pueblo, lo que conducirá inevitablemente al análisis y decisión sobre la prelación de las normas invocadas y su adecuación o no a los preceptos constitucionales. La función del Defensor del Pueblo, la naturaleza de los derechos y garantías cuya protección le incumbe y los fines invocados para su incorporación institucional avalan la interpretación expuesta".

⁷⁰ "Habiendo asumido el Estado nacional el compromiso de producir la vacuna *Candid* I a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el Defensor del Pueblo de la Nación, se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso" (C. Cont. Adm. Fed., sala IV, del 2/6/1998, ED *Suplemento Administrativo*, 21/8/1998). Cabe recordar que con fecha 19/11/1987 la Corte había revocado un fallo donde el Procurador General de la Nación, Dr. Juan Octavio Gauna, había intentado que se le reconociera legitimación en la derogación de un decreto que autorizaba el vertido de contaminantes en el Río Reconquista (Fallos 310:2342).

Cabe mencionar que la legitimación de las asociaciones para la actuación en la protección de los derechos de los usuarios y consumidores no es nueva, ya que la Ley de Defensa del Consumidor había reconocido la legitimación a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores ⁷¹.

Estas asociaciones, a las cuales se les reconoció legitimación con anterioridad a la modificación de la Constitución, han visto ampliada su actividad por fuera del marco de la ley, pues conforme lo prescribe la norma constitucional, ya pueden participar en la defensa de los intereses colectivos sin que sea necesario que la autoridad de aplicación las reconozca como tal ⁷² y, por otra parte, esto permite suponer la existencia de asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses colectivos de manera general ⁷³. Así, podemos encontrarnos tanto asociaciones generales como sectoriales y debe mencionarse que el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce a los consumidores y usuarios el derecho a la protección de sus intereses económicos, por lo que esta protección puede ser realizada a través de la vía del amparo como a través de cualquier otra vía procesal ⁷⁴.

El reconocimiento del derecho de accionar por parte de las asociaciones ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el último caso citado, pero debemos recordar que el problema se encuentra actualmente expuesto, no en el sentido de negar la existencia de intereses difusos o generales o de incidencia colectiva, sino en la posibilidad de que la tutela de estos derechos pueda ser realizada en mérito a la existencia de una causa, conforme la terminología contenida en el art. 116 de la Constitución Nacional, a los efectos de que se configure la acción contenciosa.

⁷¹ Cfr. art. 55, ley 24.240, donde se establece la legitimación de las asociaciones constituidas y que han sido reconocidas como tal por la autoridad de aplicación de la ley.

⁷² Se ha expresado: "a las asociaciones y fundaciones —caso de la accionante— que propenden a los fines aludidos en el art. 43, segundo párrafo, aun cuando ellas no se encontraran registradas conforme a la ley pendiente de creación, los jueces mediante resolución fundada y en atención a la circunstancia del objeto tutelado, podrán considerarlas legitimadas pues, de todas maneras, sus asociados o componentes pueden acreditar su condición de afectados inmediatos" (C. 1ª CC San Isidro, sala I, 9/6/1998, "Fundación Pro Tigre", ED, Suplemento Administrativo, con nota del Dr. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Contaminación del agua y acción de amparo").

⁷³ En el caso "Asociación Benghalensis", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala I, 5/3/1998, se interpretó el precepto constitucional como otorgando legitimación a aquellas asociaciones que se encuentran registradas o autorizadas para funcionar, o sea a aquellas que tienen personería jurídica (ED Suplemento Administrativo, 21/8/1998), la cual fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 1/6/2000.

⁷⁴ Cont. Adm. Fed., sala IV, "Consumidores Libres Coop. Ltda de Provisión de Serv. v. Telefónica de Argentina s/amparo", 17/10/1997, LL 1997-F-273. Ver comentarios.

Debe llamarse la atención de que el interés de los diferentes grupos muchas veces puede no ser coincidente, lo cual podría llevar a la existencia, en un mismo caso, de integrantes de distintos grupos que persigan intereses yuxtapuestos o diametralmente antagónicos. Pero ante una determinada medida gubernamental que afecta a varios individuos, lo que los lleva a deducir este tipo particular de amparo, es conveniente aplicarles el principio de acumulación a efectos de evitar pronunciamientos distintos en distintos tribunales de la República y a que se realicen tantos desperdicios del ejercicio de la tutela jurisdiccional ⁷⁵.

⁷⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 198.

A EXECUÇÃO NO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO COLETIVO PARA IBERO-AMÉRICA E AS CAUSAS DE INTERESSE PÚBLICO

por RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA ¹

TUTELA COLETIVA E CAUSAS DE INTERESSE PÚBLICO

No Brasil, a importância das ações coletivas está relacionada com o direito processual público, que é uma denominação recente, destinada ao processo judicial das causas de interesse público, vale dizer, as causas de direito administrativo, de direito tributário e de direito previdenciário ².

A relação entre a tutela judicial coletiva e as causas de interesse público, no direito brasileiro, é conjuntural e decorre do elevado número de ações judiciais individuais, intentadas contra a Administração Pública, como consequência de sucessivos planos econômicos governamentais editados a partir da década de 80 ³.

Hoje, essas causas, oriundas de relação jurídica de direito público, representam maioria absoluta dos processos em tramitação no judiciário nacional, o que despertou interesse e necessidade da adoção e aperfeiçoamento de

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

² Carlos Ari Sundfeld, *Introdução ao Direito Processual Público – o direito processual e o direito administrativo*, *Direito Processual Público – a Fazenda Pública em Juízo*, São Paulo, 2003. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (org.), *As causas de interesse público – aspectos nacionais e transnacionais*, Projeto de Pesquisa, Niterói e Speyer, 2005.

³ A Comissão de Reforma do CPC, da Associação dos Juizes Federais do Brasil, a respeito dos processos “em massa”, assim se posicionou: “No âmbito da Justiça Federal, muitas mazelas são ocasionadas pelos processos repetitivos e pela ausência de um procedimento diferenciado para esse tipo de causa. As pilhas de autos que se amontoam nas prateleiras dos fóruns federais versam sobre matérias idênticas, onde se alteram apenas os nomes das partes. O desfecho das causas já é conhecido desde o início, mas a lógica – ou ausência de lógica – dos sistemas impõe que o processo tramite normalmente, seguindo o longo caminho da primeira instância até as instâncias superiores. Até matérias exaustivamente decididas e pacificadas, como por exemplo, as atualizações das contas do FGTS, o índice de 28,86% dos servidores públicos, a auto-aplicabilidade do art. 201 da CF/88, continuam a ser julgadas como se ainda houvesse dúvida quanto à resposta judicial que será dada”.

procedimentos que levam à diminuição de litígios de interesse individual homogêneo, tais como a súmula vinculante e a tutela coletiva⁴.

Em momento mais do que oportuno, o Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América traz significativa melhoria na efetividade da tutela judicial coletiva, consagrando a autonomia do direito processual coletivo, a partir de princípios processuais específicos não aplicáveis aos litígios individuais⁵.

É perceptível, contudo, que suas regras são inerentes a litígios coletivos de natureza privada, entre entes privados, pois não prevê tratamento diferenciado às causas de interesse público, nas quais é justificável a presença da Administração Pública.

O risco da legislação processual coletiva não prever regras apropriadas à atuação judicial da Administração Pública é concreto, ao menos no Brasil, em que, o direito processual público não passa de uma proposta acadêmica, sendo o direito processual civil aplicável simultaneamente aos litígios públicos e privados.

No nosso país, é comum a elaboração de leis por influência de agentes do governo, que, sem vocação processual, extrapolam o seu papel, conferindo à Administração Pública vantagens processuais desnecessárias, ao atingirem situações essencialmente privadas, ou, pior, desvirtuando, não raramente, institutos típicos do processo coletivo, sem qualquer preocupação com o sistema processual, sempre que imaginam algum tipo de dano ao erário público⁶.

⁴ Nas XIX Jornadas de Derecho Procesal, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, o prof. Alberto Blanco-Urbe Quintero, discorrendo sobre as ações coletivas no direito tributário, sustentou a necessidade do surgimento de "acciones judiciales colectivas, por vía de recurso contencioso tributário, de acción de amparo u otras, para la salvaguarda de interesse transindividuais (difusos ou colectivos) y también de interesse individuais homogêneos, em la hacia la consecución, com ánimo de prevención, de la tutela judicial anticipada", Acciones colectivas en el proceso tributário, Anais, p. 83.

⁵ A profa. Ada Pellegrini já registrou que "a evolução doutrinária a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro direito processual coletivo, como ramo do direito processual, que tem seus próprios princípios e regras, diversos do direito processual individual", ob cit.

⁶ O art. 16, da Lei 7.347/85, com redação da Lei 9.494/97, condicionou inaceitavelmente "a coisa julgada aos limites territoriais do órgão prolator". A propósito, a profa. Ada Pellegrini consignou que "não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da Lei da Ação Civil Pública têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, até legislativas, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação" (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos, A Ação Civil Pública, Edis Miliaré (org.), São Paulo, 2005. Vale destacar ainda as críticas da ilustre professora Ada Pellegrini: "única nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas com a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo" (Ação Civil Pública refém do autoritarismo). No mesmo sentido, despertando atenção para a questão, Luís Roberto Barroso: "Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, embora por

Portanto, devemos nos conscientizar de que é necessário adequar ou complementar o Código Modelo de Processo Coletivo, ainda que internamente, com normas extravagantes que, a um só tempo, estejam afinadas com os princípios do processo coletivo e ainda com os de direito processual público, para tornar eficaz a tutela judicial coletiva frente à Administração Pública, acomodando no processo coletivo o processo judicial das causas de interesse público.

TUTELA COLETIVA E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O ponto de estrangulamento da efetividade da jurisdição frente à Administração Pública reside no processo de execução. Além das dificuldades comumente existentes no processo executivo entre entes privados, a necessidade de continuidade do serviço público, aliado às questões de natureza orçamentária, enseja, freqüentemente, regras processuais que limitam até mesmo o poder geral de cautela do juiz.

Os fundamentos que levam à tutela coletiva, especialmente dos interesses individuais homogêneos, reforçam, ainda mais, os fundamentos de direito público que, em nome da supremacia do interesse público, limitam a jurisdição. O peso de uma decisão coletiva no orçamento público é consideravelmente maior, com possibilidades, ainda, de atingir, com maior freqüência, a prestação de serviço público essencial.

A partir da idéia consagrada no Código Modelo de Processo Coletivo de que todos os interesses individuais homogêneos, públicos ou privados, poderão ser postulados coletivamente, devemos voltar atenção para sua efetividade prática na fase executiva.

Nota-se que essa codificação adota inovações a respeito da efetividade da jurisdição, na fase executiva e cautelar, porém, não aborda os limites ou as peculiaridades da Administração Pública enquanto parte litigante, especialmente no pólo passivo.

Nesse contexto, a execução de sentenças contra a Administração Pública, no processo coletivo, é um desafio aos pesquisadores, que deverão conciliar os princípios de direito processual coletivo com os de direito processual público, encontrando um ponto de equilíbrio e assegurando a credibilidade do sistema de ações coletivas.

motivações diferentes, a legislação nos últimos anos tem exibido uma tendência restritiva do uso das ações coletivas. No caso americano, ao que se noticia, como uma reação conservadora e sob a alegação de que os grandes beneficiários do sistema seriam os advogados. No caso brasileiro, como uma reação do Poder Público, que em múltiplas situações é réu nesse tipo de ação. Sem embargo das idas e vindas, dos avanços e dos recuos, a experiência da ação civil pública do direito brasileiro ao longo dos últimos vinte anos constitui uma história de sucesso". (A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. Folheto, 2005).

O que proponho é uma reflexão sobre o impacto das regras do processo de execução, instituídas pelo Código Modelo, nas causas judiciais de direito público, objetivando a elaboração de normas complementares de direito processual público, de modo a evitar uma limitação desnecessária à jurisdição coletiva executiva ou, por outro lado, evitar uma frustração generalizada, com o cultivo de falsas expectativas.

EXECUÇÃO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

O processo de execução brasileiro está disposto no Código de Processo Civil, que prevê basicamente três procedimentos, de acordo com a natureza da obrigação a ser cumprida: (a) execução de obrigação de fazer ou não fazer; (b) execução de dar coisa certa ou coisa incerta; (c) execução de dar dinheiro.

O sistema brasileiro de execução de sentenças contra a Administração Pública contém algumas incoerências. Por exemplo, a execução de sentença contra entidades públicas de direito privado, como as empresas públicas ou sociedades de economia mista, segue o mesmo procedimento da execução contra um ente privado, ainda que, num ou noutro caso, sejam prestadoras de serviço público essencial, ou, ainda, que o direito *sub judice* seja de natureza pública.

O tratamento diferenciado é dispensado tão-somente às execuções de sentenças de dinheiro contra entes públicos de direito público, tais como as entidades estatais (União Federal, Distrito Federal, estados e municípios), entidades autárquicas e fundações de direito público, ainda que, também de forma incoerente, tenha como fundo uma questão unicamente de direito privado.

Na execução de sentença condenatória de dinheiro, contra essas entidades públicas de direito público, a realização do título executivo está sujeita à previsão orçamentária, por meio do procedimento denominado "precatório judicial", no qual o juiz, em termos práticos, aguarda a entrega voluntária dos recursos devidos, com rigorosa observância à ordem de preferência dos credores.

Na verdade, o referido "precatório judicial" acaba, indiretamente, inviabilizando a efetividade da tutela de urgência condenatória de dinheiro, pois sendo necessário a previsão orçamentária, somente no exercício seguinte seria possível realizar o título executivo.

O regime do precatório judicial brasileiro é excepcionado apenas para os créditos de até sessenta salários mínimos, em procedimento semelhante ao da execução comum contra particulares, ainda que, no pólo passivo, conste um ente público de direito público, o que não deixa de ser uma incoerência, pois é demonstração de que, ontologicamente, a execução forçada contra a Administração Pública não deve ser genericamente vedada.

Na execução de obrigação de fazer, não fazer, de dar coisa certa ou de dar coisa incerta, contra entes públicos de direito privado ou de direito público, o procedimento previsto no Código de Processo Civil é idêntico ao da execução contra entes privados, sendo irrelevante a natureza da causa, pública ou privada.

ou ainda que a execução ponha em risco a continuidade de um serviço público essencial.

Como se vê, no direito brasileiro, não se leva em consideração a natureza pública ou privada do litígio, nem mesmo a necessidade de continuidade de serviço público essencial, para que o legislador conceda à Administração Pública prerrogativas processuais, especialmente na fase executiva. O que importa é tão-somente o *status* de ente público de direito público, ocasionando, em certos casos, a idéia de privilégios, e noutros, de descaso com a coisa pública ⁷.

Dá extrai-se, como é fácil de imaginar, algumas injustiças, senão vejamos: (a) a execução de uma sentença condenatória de dinheiro, sobre prestação alimentícia, ou realização de uma medida de urgência correspondente, está sujeita à previsão orçamentária e não pode ser cumprida de imediato, salvo se inferior a 60 salários mínimos; (b) se uma sentença que envolva uma quantia milionária não for cumprida por absoluta falta de condições orçamentárias, indiretamente, todos os créditos mais recentes, de menor valor, também não serão pagos; (c) uma sentença que não seja condenatória de dinheiro, mas seja de obrigação de fazer, e que reclame para tanto o desembolso de quantia milionária, deverá ser cumprida ainda que ponha em risco à prestação de serviço público essencial.

Nesse ponto, talvez haja maior coerência na antiga ação de mandado de segurança, um dos procedimentos destinados à postulação de direitos de natureza pública, em face de entes públicos ou privados que estejam no exercício de função pública.

Em tal procedimento, as sentenças, independentemente de sua natureza de obrigação de dar, fazer ou não fazer, serão suspensas sempre que trouxerem risco de ofensa a interesse público relevante, vale dizer, risco a serviço público essencial ⁸.

⁷ A incoerência na fixação, pelo legislador, dos limites à execução de sentenças contra a Administração Pública também é lembrada por Juan Antonio Robles Garzón, ao prefaciar o livro de Milagros López Gil (*Avances en la Ejecución de Sentencias contra la Administración*, Navarra, 2004). Apenas a continuidade do serviço público é justificativa para limitar o alcance da jurisdição (Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo, 1999; Mercedes López Balaguer, *La ejecución de sentencias frente a entes públicos en el orden social*, Madrid, 2003). Nem mesmo o orçamento público, por si só, justifica uma prerrogativa da Administração Pública: "Em este punto es de justicia recordar que fue Laband quien propus o la solución que apuntamos - 'todas las obligaciones del Estado, nacidas de causas válidas a efectos jurídicos-civiles, podran ser reclamadas por la via ejecutiva contra la Caja General de Estado (el Tesoro público), com absoluta independencia de que el pago de tales pretensiones haya sido autorizado o no por el pago Presupuesto'" (Alberto Ruiz Ojeda, *La ejecución de créditos pecuniários contra entes públicos - la responsabilidad contractual de la administración y el embargo de dinero publico*, Madrid, 1993, p. 260).

⁸ Lei 1.533/51, art. 13; Lei 4.348/64, art. 4º caput; Lei 8.38/90, art. 25 caput; Regimento Interno do STF, art. 297 caput. No entanto, vale registrar que as sentenças de dinheiro também

EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

Na execução de sentença coletiva, referente à obrigação de fazer ou não fazer, a legislação brasileira prevê meios de coerção psicológica do devedor, de modo a admitir a conversão em perdas e danos apenas em caráter subsidiário, o que, posteriormente, acabou prevalecendo no processo de execução em geral ⁹.

No tocante às causas de interesse público, há precedentes que impõem multa diária incidindo diretamente contra o servidor público responsável pelo cumprimento da decisão ¹⁰, já que a Administração Pública, como pessoal jurídica, dificilmente seria coagida com astreintes ou contempt of court ¹¹.

Não há, entretanto, na legislação brasileira de processo coletivo, qualquer regra quanto à expropriação judicial do patrimônio do devedor na execução de sentenças coletivas de dinheiro, nem especificidades quanto à presença da Administração Pública na execução de obrigação de fazer ou de não fazer, o que nos leva à aplicação subsidiária das regras comuns sobre processo de execução de sentenças individuais.

A propósito, a legislação é omissa quanto à execução de sentença de interesse individual homogêneo que reclame obrigação de fazer, não fazer, dar coisa certa ou coisa incerta, aumentando incertezas especialmente quanto à Administração Pública.

Não há, ainda, tal como ocorre na ação de mandado de segurança, previsão do "pedido de suspensão" contra execução de sentenças coletivas com trânsito em julgado, mas tão-somente contra liminares, medidas de urgência, ou sentenças sujeitas a recurso, ainda que aquelas representem para a Administração Pública riscos de igual ou maior gravidade ¹².

EXECUÇÃO NO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO COLETIVO PARA IBERO-AMÉRICA

O Código Modelo de Processo Coletivo contém regras sobre a execução de obrigação de fazer, não fazer, de dar coisa certa e incerta, e, quanto a interesses

estão sujeitas à previsão orçamentária (Lei. 5.021/66, art. 1º §3º). Consigno, ainda, que o procedimento de suspensão de liminar ou de sentença, em favor da Administração Pública, é, entretanto, inconstitucional, pois não garante uma cognição exauriente com ampla defesa ou contraditório.

⁹ Lei 7.347/85, art. 11; Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, art. 84; CPC, art. 461.

¹⁰ Agravo de Instrumento 97.02.29066-0, Relator Juiz Federal Convocado Ricardo Perlingeiro, julgado em 22 maio 2001, também disponível no Infojur, 2, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ago. 2001.

¹¹ É a tese do prof. Marcelo Lima Guerra (Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, São Paulo, 2002, p. 121).

¹² A Lei. 7.347/85, art. 12, §1º, prevendo a suspensão da liminar, e a Lei 8437/92, art. 4º, §1º, sobre a suspensão da sentença enquanto não transitada em julgado.

individuais homogêneos, dispõe sobre a liquidação e execução, individual e coletiva.

Na execução de obrigação de fazer, não fazer, dar coisa certa ou coisa incerta, o juiz fixa um prazo razoável para cumprimento¹³, podendo aplicar multa coercitiva ou determinar medidas que forem necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial¹⁴, admitindo a conversão em perdas e danos apenas nos casos de impossibilidade de cumprimento da obrigação¹⁵. É regra é bem semelhante com a brasileira.

O Código Modelo de Processo Coletivo, dispondo sobre a execução provisória, permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento de depósito em dinheiro, assegurando ao juiz o poder de suspender a execução, a pedido do devedor, sempre que puder resultar em lesão grave e de difícil reparação¹⁶.

Como fase preparatória à execução de sentenças condenatórias que versam sobre interesse individual homogêneo, consta os procedimentos da liquidação individual e da liquidação coletiva.

Como se depreende, e tal como ocorre no direito brasileiro, não há no Código Modelo de Processo Coletivo normas sobre a expropriação judicial do patrimônio do devedor, na execução de sentença de dinheiro, nem especificidades sobre a eventual atuação da Administração Pública, no processo de execução em geral, restando aplicação subsidiária das normas internas do processo de execução comum aos litígios individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperativa a eliminação de privilégios travestidos de prerrogativas processuais, que favorecem a Administração Pública sem que, contudo, possuam relação direta com a supremacia do interesse público.

Na fase executiva, a supremacia do interesse público diz respeito, unicamente, à necessidade de continuidade de serviço público essencial, a cargo da entidade que for considerada responsável pelo cumprimento do título executivo.

¹³ Art. 6º, §1º do Código Modelo.

¹⁴ Art. 6º, §3º do Código Modelo.

¹⁵ Art. 6º §4º do Código Modelo.

¹⁶ Art. 19 do Código Modelo. Na proposta de Antônio Gidi, o dispositivo tinha a seguinte redação: "El juez podrá imponer de oficio una multa diaria al demandado, de carácter cominatorio, que sea suficiente o compatible con la obligación, fijando un plazo razonable para el cumplimiento de sua orden. El juez modificará el valor o la periodicidad de la multa, cuando verifique que ésta resulte insuficiente o excesiva. La multa se establecerá con independencia de la indemnización por daños y perjuicios y de la sanción por desobediencia a la orden judicial" (Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil - um modelo para países de derecho civil, México, 2004, p. 149).

A expropriação judicial do patrimônio do devedor, aliada aos meios de coerção psicológica para cumprimento da execução, são instrumentos inerentes à própria concepção de jurisdição e, portanto, devem, em princípio, ser opostos à Administração Pública.

A fixação de multa como meio de coerção psicológica deve atingir, ainda que indiretamente, o agente público responsável pelo descumprimento à ordem judicial, sob pena de ser absolutamente ineficaz diante da Administração Pública.

A única forma de conceber a execução provisória, ou mesmo a efetividade de medidas de urgência, frente à Administração Pública, é desvinculando-se do cumprimento da decisão judicial a previsão correspondente em legislação orçamentária.

Há, entretanto, de ser assegurado à Administração Pública, diante dos efeitos da execução de sentença coletiva, o direito de alegar ofensa a interesse público ou risco de ruptura na prestação de serviço público essencial.

Tratando-se de fatos novos, não ventilados na fase cognitiva nem acobertados pela coisa julgada, devem ser deduzidos em procedimento autônomo, garantida a ampla defesa e o contraditório, perante o juízo da causa originária, em razão da existência de conexão por sucessão.

O Código Modelo de Processo Coletivo inova com procedimentos de grande efetividade para a tutela coletiva, porém é fundamental que esses procedimentos funcionem adequadamente, de igual maneira, diante da Administração Pública, uma das que talvez esteja mais sujeita à tutela judicial coletiva.

Além da necessidade de superarmos alguns dogmas, devemos admitir que, entregando à Administração Pública instrumentos que sejam adequados ao exercício do seu direito de defender o interesse público, teremos condições, em contrapartida, de exigir-lhe o cumprimento das decisões judiciais com segurança e, sobretudo, previsibilidade.

BIBLIOGRAFIA

- XIX JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL. Anais. Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Caracas, 2004.
- BALAGUER, Mercedes López. *La ejecución de sentencias frente a entes públicos em el orden social*. Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. "A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana". Folheto. Gentilmente cedido pelo autor. No prelo. 2005.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. Saraiva, São Paulo, 2003.
- CÓDIGO MODELO DE LOS PROCESOS COLETIVOS PARA IBERO-AMERICA, folheto, 2005, aprovado na Assembléia Geral do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, realizada em outubro de 2004, proposta da Comissão de Revisão, formada

pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Alúcio Castro Mendes, Aníbal Quiroga Leon, Antônio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vasquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Beajrano Guzmán, Roberto Berizonce, Sérgio Artavia, revisão de redação de Angel Landoni Sosa.

ELEMENTOS PARA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SUGESTÕES, folheto, 2003, proposta da Comissão formada pelos juízes George Marmelstein Lima, Reynaldo Soares da Fonseca, Paulo César Conrado, Marcelo Pereira da Silva, Luís Carlos Castro Lugon.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

GIL, Milagros López. *Avances la ejecución de sentencias contra la Administración*, Aranzadi, Navarra, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública refém do autoritarismo". *Revista de Processo*, v. 96, São Paulo, Revista dos Tribunais, out./dez, 1999.

—. "Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos", in MILARÉ, Edis (org.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Diretos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

OJEDA, Alberto Ruiz. *La ejecución de créditos pecuniários contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la Administración y el embargo de dinero publico*. Civitas, Madrid, 1993.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública (art. 4º da Lei 8.437/1992 e art. 12 §1º da LACP)", in MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. *Execução contra a fazenda pública*. Malheiros, São Paulo, 1999.

AS PROVAS NO PROCESSO AMBIENTAL

por LEONARDO GRECO¹

1. INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente emergiu timidamente no Brasil na década de 70, após uma participação obscura do país na Conferência de Estocolmo de 1972, com a criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente no então Ministério do Interior, embrião do futuro Ministério do Meio Ambiente. O descaso e a impotência da Administração Pública brasileira, nos três níveis de Poder – federal, estadual e municipal – e o agravamento alarmante da degradação ambiental, determinaram naquela época o surgimento de inúmeras organizações não governamentais dedicadas à tutela ambiental e submeteram o Brasil a incômodas pressões internacionais.

A reação do Estado brasileiro a essas novas exigências somente se delineou na década de 80, com a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente, através da Lei 6938/81, a judicialização das questões ambientais, através da criação da chamada ação civil pública para a tutela do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 225, definiu o meio ambiente como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Na década de 90, o Código de Defesa do Consumidor complementou e aperfeiçoou as disposições relativas à tutela judicial dos diversos interesses metaindividuais, neles incluído o meio ambiente, tendo este ganho grande impulso especialmente após a Conferência das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro, que enfatizou o dever de todos os Estados de propiciar acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive para a compensação e a reparação de danos ambientais².

¹ Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Gama Filho e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos.

² *Declaração do Rio de Janeiro*, Princípio 10, in José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 65.

Desde então, o processo das causas ambientais passou a ser objeto de abundante literatura, claramente direcionada a assegurar a mais ampla eficácia da tutela jurisdicional desse direito fundamental ³.

Essa adequação do processo judicial às exigências de um determinado tipo de direito subjetivo material passou a ser exaltada pelos próprios processualistas descompromissados, como uma imposição da sua efetividade, constitucionalmente proclamada (art. 5º, inciso XXXV) ⁴.

A questão adquire particular gravidade, quando se observa que boa parte da doutrina especializada parece sobrepôr, em matéria de fatos e de provas, a tutela da posição subjetiva da parte que alega postular em benefício do meio ambiente à de qualquer outro litigante, como se a proeminência desse bem jurídico impusesse um método de busca da verdade e de acertamento dos fatos privilegiado, em relação ao de que é titular qualquer outro postulante, com o sacrifício da noção moderna de *processo justo* à de um *direito processual a serviço do autor*, o que não só compromete a isonomia, mas também a própria neutralidade e impessoalidade da jurisdição.

2. MEIO AMBIENTE E INDISPONIBILIDADE

Marcelo Abelha Rodrigues aduz em estudo sobre o tema que as enfáticas expressões utilizadas no artigo 225 da Constituição evidenciam que o bem tutelado pelo meio ambiente "é indisponível, inalienável, impenhorável, indivisível, do povo, não exclusivo, absolutamente sensível a danos e irreversivelmente reconstruível", bem sem equivalente em pecúnia que não admite disposição de qualquer natureza ⁵, o que impõe ao juiz uma atividade probatória "inquisitorial".

Todavia, me parece que esse entendimento ignora a complexidade dos elementos que compõem o meio ambiente.

Com efeito, tomemos uma noção singela de meio ambiente, apresentada por José Afonso da Silva ⁶:

³ V., entre outros, José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004; Édis Milaré, *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005; Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito ambiental - Parte geral*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004.

⁴ V. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo - influência do direito material sobre o processo*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 60.

⁵ Marcelo Abelha Rodrigues, "Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, ps. 172/173.

⁶ José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 20.

“O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

A aceitar-se a indisponibilidade da interação dos diversos elementos que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida, ou seja, do conjunto de elementos aptos a produzirem o resultado almejado, isto não implica em aceitar a indisponibilidade de cada um desses elementos, mesmo porque eles podem interagir de formas diversas e encontrar diversos equilíbrios nessa interação. Assim, no meio ambiente há, sem dúvida alguns elementos necessários e indisponíveis, como a preservação da vida e da saúde humanas, mas há outros que podem compor-se em equilíbrio inteiramente contingente. Assim, numa ação inibitória contra uma municipalidade para impedi-la de destruir um jardim para construir uma rodovia, pode ser absolutamente polêmico saber qual das duas posições subjetivas processuais (a do autor ou a do Município) é mais favorável ao desenvolvimento equilibrado da vida. Provavelmente ambas atingem esse equilíbrio, embora com a preponderância de fatores diversos. São em verdade interesses polêmicos, que podem compor-se de diversas maneiras, muito distantes daqueles interesses gerais de toda a coletividade.

Por outro lado, no Processo Civil, em geral, e diferentemente do que ocorre no Processo Penal, somente um dos interesses em conflito se apresenta como indisponível.

Vê-se, pois, que hipotéticos poderes inquisitórios do juiz devem ficar reservados ao controle da indisponibilidade de certos interesses que eventualmente se apresentem no processo ambiental, sendo absolutamente impossível estabelecer *a priori* se tais interesses são os que o autor ou o réu defendem e se eles efetivamente existem nesse tipo de causa.

No campo do chamado meio ambiente cultural, com mais evidência, a escolha há de fundar-se em critérios de bem estar, juízos políticos inteiramente alheios a qualquer tipo de decisão jurídica.

De qualquer modo, disponível ou indisponível um dos interesses em jogo, isso não pode servir de fundamento para cercear a ampla defesa de qualquer das partes, seja quanto ao direito à alegação de fatos, seja quanto ao direito de prová-los.

Assim, me parece que somente à luz de cada caso concreto é possível identificar se está em jogo algum interesse indisponível, que imponha ao réu algum tipo de comportamento ou ônus, como os efeitos substanciais da revelia ou a presunção de veracidade dos fatos não impugnados, por exemplo.

3. A VERDADE COMO GARANTIA

Conforme já tive oportunidade de expor em estudos anteriores ⁷, toda a controvérsia sobre o caráter persuasivo ou demonstrativo da prova, sustentada pela dialética e pela retórica, perdeu sentido a partir dos novos paradigmas do Estado de Direito Contemporâneo, que promete ser o guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, através da tutela jurisdicional efetiva desses direitos.

Com efeito, de nenhuma valia seriam tais promessas, se a reconstrução dos fatos no processo não oferecesse às partes efetiva possibilidade de que essa reconstrução tivesse a maior proximidade possível em relação à realidade da vida, pois, se o direito resulta dos fatos, de nada adianta o Estado assegurar a eficácia concreta do direito, se não propiciar a demonstração dos fatos, dos quais aquele decorre. Sem o acertamento da verdade, o processo não atinge os seus fins ⁸.

A idéia de Justiça sempre esteve ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na atuação da lei à realidade dos fatos ⁹.

Peter Häberle e Michele Taruffo, respectivamente na Alemanha e na Itália, relevam o valor humanitário da verdade, porque dela depende a eficácia da liberdade, da justiça e do bem comum ¹⁰.

Da importância da apuração da verdade no processo resulta a própria compreensão da decisão judicial como uma decisão justa, porque, conforme Michele Taruffo, a correta aplicação da norma de direito ao caso concreto somente ocorre se a norma é adequada à solução do caso, se ela é interpretada corretamente e se os fatos aos quais é aplicada são reconhecidos de modo verdadeiro ¹¹, pois o acertamento da verdade dos fatos é um dos escopos fundamentais do processo ¹².

Jeremias Bentham observava que a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida ¹³. Assim, a prova deve ser o meio lógi-

⁷ "A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil", *Revista Dialética de Direito Processual*, n° 15, junho de 2004, Dialética, São Paulo, ps. 76/94; "O conceito de prova", *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, anos 2003/2004, n°s 4 e 5. Campos dos Goitacases, Rio de Janeiro, ps. 213/260.

⁸ Gian Franco Ricci, "Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LIV, 2000, Giuffrè, Milano, págs. 1137/1141.

⁹ Egas Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*, 1ª ed., Aide, Rio de Janeiro, 1992, p. 53.

¹⁰ Peter Häberle, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 1995, p. 105; Taruffo, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, ps. 47/48.

¹¹ Michele Taruffo, "Considerazioni su prova e verità", in *Sui confini*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 280.

¹² Michele Taruffo, "Note per una riforma del diritto delle prove", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XLI, Cedam, Padova, 1986, p. 248.

¹³ Jeremias Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Comares, Granada, 2001, p. 15.

co através do qual o processo deve estar apto a reconstruir racionalmente a verdade e a submeter essa racionalidade ao controle dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e dos demais cidadãos ¹⁴.

4. A PROVA COMO COMPONENTE DO DIREITO DE DEFESA

Se a verdade tem relevante função garantística, a prova, como meio de acesso à verdade, não pode ser mais vista como o domínio soberano e impenetrável do juiz. Para que as partes possam travar um contraditório eficaz, é preciso que a elas seja assegurado o direito de produzir todas as provas necessárias à demonstração da procedência das suas alegações e que, quando as partes se encontrarem em situação de dificuldade no acesso a elas, o juiz, tanto nas causas que versam sobre direitos indisponíveis como disponíveis, utilize as faculdades que o Código de Processo Civil lhe confere no artigo 130 para assegurar por esse meio o acesso ao Direito e à Justiça. Nas causas sobre direitos disponíveis essa iniciativa probatória oficial deve ser exercida em caráter subsidiário. Já nas que têm por objeto direitos indisponíveis, não pode o juiz contentar-se com a iniciativa probatória das partes, justamente para evitar que a desídia ou inércia da parte a conduza à perda de direito do qual não poderia dispor.

5. CAUSALIDADE

Muitos autores de Direito Ambiental sustentam que, em face da dificuldade em que se encontra a vítima de produzir prova cabal do nexo de causalidade entre a atividade exercida pelo réu e os danos causados ao ambiente, a responsabilidade seja acolhida com base em uma "causalidade atenuada", ou seja, uma razoável probabilidade dessa causalidade ¹⁵.

A responsabilidade civil por danos tem por fundamento o nexo de causalidade, conforme se conclui, sem maior esforço, entre nós, do disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002.

Causalidade não é um conceito exclusivamente jurídico, mas filosófico, estudado para todas as áreas do saber pela epistemologia, como parte da filosofia que se dedica a analisar os limites do conhecimento humano e os seus critérios de validade.

¹⁴ Giovanni Verde, "Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 580.

¹⁵ José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, pág. 315; Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, "A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, p. 22; Marcelo Abelha Rodrigues, "Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, ps. 177 e 184/185.

Há causalidade toda vez em que a um fato anterior segue-se necessariamente um outro posterior. Quando se tem uma lei universal, pode-se concluir que todos os fatos que apresentam determinadas características tiveram como origem uma causa certa, invariável e indiscutível. No mundo das ciências naturais, muitas vezes não se conhecem as leis universais que regem determinados fenômenos, mas apenas a frequência com que dois fatos paralelos ocorrem sucessivamente. Aqui entram em jogo investigações epistemológicas de base estatística. Carl Hempel leciona que as explicações estatísticas podem ser consideradas adequadas se a probabilidade de que um fato posterior ocorra quando se constata um fato anterior é próxima a 100% dos casos, em uma longa série de casos analisados. Se esse elevadíssimo índice não se verifica, então deve considerar-se muito provável que a hipótese seja falsa no caso concreto e os dados estatísticos, mesmo revestidos de acentuada frequência, contam como dados que repudiam a hipótese¹⁶.

Com frequência se encontram opiniões e decisões que, fazendo uso de estudos epidemiológicos ou de máximas de experiência retiradas do senso comum, extraem conclusões positivas sobre o nexo de causalidade entre fatos anteriores e posteriores, sem qualquer fundamento científico. No Processo Civil isso ocorre com mais frequência do que no Processo Penal, porque, enquanto neste, por mais elevada que seja a probabilidade de inculpação do réu, se subsistir alguma dúvida razoável deve ele ser absolvido, naquele, como regra, o juiz não pode pronunciar um *non liquet*, devendo pender pela maior ou menor probabilidade de que a hipótese formulada pelo autor seja procedente para acolher ou rejeitar o seu pedido¹⁷.

São absolutamente insustentáveis, do ponto de vista científico, essas opiniões e decisões, porque os estudos epidemiológicos e as máximas da experiência comum nada provam a respeito do caso concreto. Os exemplos são abundantes, especialmente nos diagnósticos médicos.

Um importante filósofo da ciência italiano, Evandro Agazzi, Professor da Universidade de Gênova e Presidente da Academia Internacional de Filosofia das Ciências de Bruxelas, cita um exemplo relativo ao consumo de cigarros: mesmo que haja uma elevada probabilidade estatística de que o fumo possa produzir câncer do pulmão, conhecem-se fumantes que jamais contraíram essa doença, como se conhecem pessoas que jamais fumaram e que foram por ela atingidas¹⁸.

¹⁶ Hempel, "Filosofia das ciências naturais", ps. 101/106, *apud* Federico Stella, *Giustizia e modernità - la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 2003, p. 346.

¹⁷ São exceções a essa regra no Processo Civil: as ações coletivas, em que o juiz pode julgar o pedido improcedente por insuficiência de provas, não produzindo a sentença coisa julgada, nos termos do artigo 18 da Lei 4.717/65, do artigo 16 da Lei 7.347/85 e do artigo 103 da Lei 8.078/90; e as ações que versam sobre direitos indisponíveis em que, em desfavor desses direitos, deve aplicar-se o mesmo princípio do processo penal (*beyond any reasonable doubt*).

¹⁸ Evandro Agazzi, "La spiegazione causale di eventi individuali (singoli)", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 42, Giuffrè, Milano, 1999, p. 402.

Essas probabilidades associadas a verificações estatísticas são irrelevantes para a explicação causal dos fatos. Podem ser usadas como linhas investigatórias, mas não estabelecem a verdade do que realmente se passou, porque não oferecem qualquer prova de que o fato subsequente tenha sido determinado pelo fato antecedente. Isso é o que se poderia chamar de *falácia da falsa causa*, pois, na verdade, o reconhecimento da relação de causalidade nesse caso terá sido uma pura questão de sorte, ter ou não o juiz se convencido da hipótese, por um raciocínio privado de todo rigor racional e de qualquer validade científica.

Richard Wright considera a chamada "causalidade probabilística", em que uma condição é reputada causa de um fato se aumentou o risco de que este se verifique, um conceito bizarro, pois uma condição que aumenta o risco não pode ser considerada causa, se nem sempre o evento se verifica ¹⁹.

Uma das formas tentadas pela filosofia da ciência para dar objetividade à teoria da probabilidade foi a aplicação do chamado teorema de Bayes, que partindo de verificações estatísticas confere uma certa percentagem à probabilidade de que um fato tenha ocorrido, elevando ou diminuindo essa percentagem em face de outros elementos de convicção que tenham sido colhidos a respeito do caso concreto.

A utilização do teorema de Bayes no Processo Civil e no Processo Penal foi amplamente repudiada pela doutrina, tanto na Europa como nos Estados Unidos, através de argumentos definitivos aduzidos, entre outros, por Richard Wright, Professor em Chicago ²⁰, Alan M. Dershowitz, Professor em Harvard, e Michele Taruffo, Professor em Pavia ²¹.

Wright exemplifica com o caso dos 1000 espectadores de uma partida de futebol, 999 dos quais não pagaram o ingresso, que somente A pagou, sendo este reconhecido pelo bilheteiro, com uma probabilidade de erro de apenas 2%. "Usando as puras estatísticas de que 99,9% dos espectadores estavam sem bilhete, como probabilidade inicial do teorema de Bayes, a probabilidade de que A seja um caloteiro, mesmo depois da sua identificação pelo bilheteiro, seria ainda superior a 95%. Os bayesianos concluiriam categoricamente que A não pagou o ingresso, apesar do depoimento do bilheteiro".

Diz Wright: os bayesianos estão misturando maçãs com laranjas. A percentagem básica de 99,9% distribui simplesmente a quantidade global de acontecimentos em uma categoria, e não presta nenhuma informação sobre o caso particular ²².

¹⁹ Richard Wright, "Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti", in Federico Stella, *Il saperi del giudice*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 130.

²⁰ Richard Wright, *ob e loc. cit.*

²¹ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, ps. 168 y ss.

²² Richard Wright, *ob. e loc. cit.*

Dershowitz conta o seguinte caso, que submeteu aos seus alunos: uma pessoa foi atropelada por um ônibus. Nessa cidade, 90% dos ônibus são azuis e 10% são amarelos, pertencentes a empresas diferentes. Havia, portanto, uma taxa básica de 90% de probabilidade de que o ônibus da 1ª empresa tinha atropelado a vítima. Todavia, uma testemunha declarou ter visto um ônibus amarelo causar o acidente. Os exames de vista da testemunha revelaram que o seu depoimento poderia ser considerado confiável a uma taxa percentual de 80%. Apesar da taxa básica mais elevada ser a favor da responsabilidade da 1ª empresa, os estudantes consideraram que a responsabilidade pelo acidente recaia sobre a empresa dos ônibus amarelos.

Laurence Tribe adverte para os riscos de uma redução da avaliação das provas a um cálculo puramente matemático, citando acórdão da Corte Suprema da Califórnia que alertava: "ainda que a matemática, autêntica maga da nossa sociedade computadorizada, ajude o investigador na busca da verdade, não se deve permitir que o enfeite com os seus poderes mágicos" ²³.

Judith Jarvis Thomson, professora de filosofia no *Massachusetts Institute of Technology*, afirma que a exigência da prova da causalidade se encontra no valor altíssimo que a sociedade moderna confere à garantia da liberdade. Daí a insuficiência de uma prova simplesmente numérica ou estatística e a necessidade de uma prova personalizada ²⁴, particularística, para que a responsabilidade não seja apenas uma questão de sorte.

A prova particularística consiste na reconstrução, ainda que parcial, dos elos causais intermédios que ligam o fato anterior e o posterior, através de leis universais ou de probabilidade próxima a 100%, que asseguram um juízo que reconstrua com veracidade os fatos tal como ocorreram.

O abandono da prova concreta da causalidade para proteger o cidadão dos inumeráveis perigos a que o submete a vida moderna, como os riscos ambientais, transforma o juiz em legislador que, ao arrepio da lei e da segurança de que devem revestir-se as relações jurídicas no Estado Democrático de Direito, subtrai do mais forte para consolar o mais fraco, numa postura francamente ideológica e injusta, porque faz recair sobre alguns, arbitrariamente escolhidos, a responsabilidade que cabe ao próprio Estado.

6. ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova para compensar a dificuldade em que se encontra o autor da ação de tutela ambiental, para que ao acusado pela poluição

²³ Laurence H. Tribe, "Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario", in Federico Stella, *Il saperi del giudice*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 187.

²⁴ J. J. Thomson, *Rights, Restitution and Risk*, Harvard University Press, 1986, ps. 202/241, citada in Federico Stella, *Giustizia e modernità - la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2003, ps. 410/411.

caiba o encargo de provar que a sua atividade não é a causadora do dano, é a solução defendida pela generalidade dos ambientalistas, aplicando a regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que consideram característica de todas as ações coletivas ²⁵.

Já defendi em outras ocasiões a insuficiência das regras legais de distribuição do ônus da prova que se encontram no artigo 333 do Código de Processo Civil, que, a meu ver, não têm caráter imperativo e, em certos casos, são de difícil e injusta aplicação ²⁶. Parece-me que a inversão do ônus da prova, prevista na regra acima citada do Código de Defesa do Consumidor, deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa.

A esses critérios devem acrescentar-se os da maior disponibilidade e facilidade probatória, tal como previstos no artigo 217.6 da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil española*, para onerar a parte que tenha mais proximidade e facilidade de acesso à fonte da prova ²⁷.

O importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor ²⁸, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.

²⁵ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Princípios do processo ambiental*, Saraiva, São Paulo, 2004, pág. 98; Marcelo Abelha Rodrigues, "Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, ps. 180/181; do mesmo autor, *Elementos de direito ambiental - Parte geral*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pág. 329; Hamilton Alonso Jr., "A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais", in Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pág. 302; Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, "A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, p. 30.

²⁶ V. estudos citados na nota 6.

²⁷ Juan Montero Aroca et alii, *Derecho jurisdiccional*, vol. II, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 260.

²⁸ É a expressão usada por Taruffo, "Presunzioni, inversioni, prova del fatto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, ano XLVI, 1992, p. 750.

7. A PROVA E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A doutrina que defende sem restrições a inversão do ônus da prova no processo ambiental ²⁹ sustenta essa orientação, nos casos de incerteza científica, no chamado *princípio da precaução*.

A precaução constou da Declaração do Rio de Janeiro, aprovada na Conferência do Meio Ambiente de 1992, através do seu princípio 15, nestes termos:

“Princípio 15: De modo a proteger o meio-ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Se se considerar que o Direito brasileiro abriga ações de tutela ambiental reparatórias, inibitórias e preventivas, que podem ter como réus tanto particulares como o próprio Estado, é preciso definir o alcance do princípio da precaução. Uma parte indiscutível desse alcance é a imposição dos estudos prévios de impacto ambiental para instruir os procedimentos administrativos de licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras.

No processo judicial de solução de conflitos, o Estado pode ser responsabilizado por ter omitido as cautelas necessárias e razoáveis, assim como pode ser condenado a adotá-las para o futuro, a fim de prevenir danos ao meio ambiente ainda não ocorridos. Essas cautelas, nos limites do razoável, podem também ser impostas aos particulares por decisão judicial, em substituição a medidas não adotadas pela Administração. Não me parece possível, entretanto, lastrear nesse princípio, a condenação do Estado ou de um particular a pagar, fazer ou não fazer, como consequência de um dano ambiental já ocorrido ou de consumação, ainda que futura, mas inevitável. A admitir-se sem prova concreta do nexo de causalidade esse tipo de condenação, estará irremediavelmente vulnerado o princípio da legalidade, assim como estará sendo categoricamente abandonada a reconstrução da verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional de direitos.

Com razão Paulo Bessa Antunes leciona que o princípio da precaução não tem relação com a produção de provas.

“O que ele determina – expõe o jurista – é que, havendo incerteza científica, as medidas de prevenção devem ser adotadas. Aliás, parece óbvio que, havendo incerteza científica, nem o réu, muito menos o autor, poderão

²⁹ V. nota 24.

provar nada. A inversão do ônus da prova não se confunde com a produção de prova impossível”³⁰.

8. PRESUNÇÕES

Outro caminho adotado por ambientalistas para facilitar a responsabilização de supostos poluidores é o das presunções em favor do autor da ação.

Invocando a teoria do risco integral, Carlos Eduardo Malinverni da Silveira sustenta que o dever genérico e abstrato de não degradar determina a inversão do regime da ilicitude: “esta é presumida até que se prove o contrário”³¹.

Também Marcelo Abelha Rodrigues justifica na atividade de risco a criação de presunções legais em desfavor do lesante ou em favor do lesado³².

E, referindo-se às provas, especialmente de natureza técnica, produzidas por funcionários públicos no curso do inquérito civil preparatório de ações ambientais, Hamilton Alonso Jr. expõe a opinião, fundada em lição de Hely Lopes Meirelles, de que todos os atos administrativos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções gozam da presunção de validade, autenticidade e veracidade, nos termos do artigo 364 do Código de Processo Civil.

Parece-me, *data venia*, imprópria a invocação da teoria do risco para instituir uma presunção de ilicitude ou de lesividade ao meio ambiente da atividade do réu. A teoria do risco na responsabilidade civil pode dispensar a prova direta da culpabilidade, mas nunca a da existência do dano e a do nexo de causalidade, que exigem prova direta e consistente, sob pena de completo distanciamento da verdade fática.

Nunca é demais recordar a velha lição de que as presunções devem submeter-se aos requisitos da gravidade, precisão e concordância, o que exige a concorrência de mais de uma presunção no mesmo sentido, sob pena de sujeitar o adversário à mais absoluta inferioridade no acesso à prova da verdade fática. Nem mesmo a legitimidade dos atos administrativos pode ser presumida, quando dela pretende alguém valer-se para colocar-se em posição mais vantajosa na apuração da verdade. Os princípios que hoje regem toda a atividade da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição, impõem que o funcionário público fundamente os seus atos em provas concretas reveladoras da transparência da sua atuação e da causalidade adequada dos seus atos. A legalidade dos atos da Administração resulta da consistência do seu suporte fático-jurídico, porque o Estado Moderno é o Estado que se justifica, ou seja, que expõe fundamenta-

³⁰ Paulo Bessa Antunes, “Prova pericial”, in Édis Milaré, *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 464; idem, *A tutela judicial do meio ambiente*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 95.

³¹ Ob. cit., pág. 27.

³² Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito ambiental – Parte geral*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, ps. 332/333.

damente os motivos dos seus atos e decisões ³³. Não é mais possível tratar o funcionalismo público como uma casta, cuja palavra vale mais do que a de qualquer outro homem de bem, sob pena de sucumbirem todas as liberdades públicas e a dignidade humana dos cidadãos no mais cego autoritarismo. Não é despidendo recordar que ninguém pode constituir prova em seu próprio benefício, ou seja, ao Ministério Público não é dado, através de órgãos e servidores a ele subordinados, pretender construir uma presunção de veracidade que a ele próprio interessa como parte no processo ambiental.

A própria confissão perante a autoridade administrativa, como frequentemente ocorre nos chamados *termos de ajustamento de conduta*, assinados perante o Ministério Público ou autoridades públicas, não pode mais gerar a presunção de veracidade dos fatos confessados, pois hoje existem na sociedade muitas relações de poder, que induzem o particular a submeter-se a imposições do Poder Público para não sofrer represálias muitas vezes ruinosas, na sua esfera de atuação. Essas confissões não são espontâneas, mas ditadas pela necessidade de evitar um mal maior ou pelo instinto de sobrevivência. Trazida a causa a juízo, deve o confitente ter a oportunidade de demonstrar a inocorrência dos fatos sob pressão reputados verdadeiros na esfera administrativa.

9. IN DUBIO PRO AMBIENTE

Segundo Édis Milaré, a primazia e a indisponibilidade do interesse público, subjacentes à tutela do ambiente, exigem que, na dúvida sobre a norma a ser aplicada, deva prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade ³⁴, *in dubio pro ambiente*.

Neste ponto impende dissipar uma possível confusão. O autor refere-se à dúvida sobre a norma aplicável, não sobre a verdade fática, o que no entanto leva Hamilton Alonso Jr. a concluir que o aforisma sirva para justificar a inversão do ônus da prova e o acolhimento do pedido de tutela ambiental, mesmo sem prova convincente do nexo de causalidade e da atividade danosa do réu ³⁵.

O Estado de Direito somente pode intervir na esfera de liberdade dos cidadãos fundamentadamente. Ninguém pode ser privado da sua liberdade ou dos seus bens sem prova consistente de um motivo legalmente previsto, sob pena de completo desmoronamento do princípio da legalidade e do próprio Estado de Direito.

O Estado pode erigir a dúvida como critério de julgamento para abster-se de impor a alguém a perda de um direito fundamental ou a supressão da sua

³³ V. Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *Processo administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 137.

³⁴ Édis Milaré, *Direito do ambiente*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 160.

³⁵ Ob. cit., p. 303.

liberdade, mas não o contrário, ou seja, admitir que o Estado, na dúvida, suprima direitos ou a liberdade de alguém, pois isso implicaria em transformar a dúvida em verdade, porque se é dos fatos que decorrem os direitos, estes somente podem ser reconhecidos a partir de um juízo racionalmente fundado de que aqueles são verdadeiros.

10. PROVA PERICIAL

Um dos mais intrincados problemas do processo ambiental é a prova pericial. A primeira dificuldade está na quantificação pecuniária do dano ambiental. Como diz Morato Leite, o valor pecuniário dos bens é estabelecido pelo mercado da sociedade de consumo. Como valorar um rio, uma floresta, uma espécie animal ou o ar que se respira? ³⁶. Esse autor informa algumas metodologias que são adotadas para essa avaliação, mas se rende à necessidade de que o magistrado use de ponderação e razoabilidade para adotar a mensuração mais adequada à preservação do meio ambiente.

O segundo problema é a escolha do perito ou dos peritos. Nosso sistema processual, que confia ao juiz essa escolha de acordo com os critérios da formação profissional e da confiança, acabou transformando o perito do juízo em verdadeiro julgador do mérito da causa. É preciso que a prova pericial se transforme em autêntico e confiável instrumento de busca da verdade, de tal modo que o conhecimento científico ou técnico apurado no processo se aproxime o mais possível do conhecimento produzido através dos métodos de investigação científica. Para isso, o Direito brasileiro deveria seguir o exemplo dado pela Corte Suprema dos Estados Unidos a partir do famoso caso *Daubert*, julgado em 1993 ³⁷, com base no qual pode afirmar-se, como o fiz em outro estudo, que a confiabilidade da perícia deve assentar em alguns pressupostos: 1) que a pessoa ou órgão (e a nossa lei somente prevê a perícia pessoal) que vá produzir a perícia revele a sua aptidão para revelar o conhecimento científico necessário para a decisão judicial; 2) que ao juiz sejam oferecidas as informações necessárias a verificar se o método empregado na perícia é acatado pela ciência, se foi utilizado com rigor científico e, no caso de assunto cientificamente polêmico, quais são as alternativas científicas e o seu grau de confiabilidade; 3) que as partes, por si ou por seus assistentes-técnicos, assim como terceiros que possam trazer contribuições desinteressadas para a revelação da verdade científica (*amici curiae*), possam efetivamente participar na produção do conhecimento científico no

³⁶ José Rubens Morato Leite, "Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, p. 120.

³⁷ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, sentença da Corte Suprema dos Estados Unidos de 28/6/2003, rel. Blackmun, in www.findlaw.com/cascode/supreme.html, consultado em 28/2/2005.

processo e o juiz seja obrigado a utilizar meios e critérios reconhecidos pela ciência para resolver as dúvidas e divergências entre as opiniões apresentadas ³⁸.

Nessa perspectiva, não mais se justifica a sustentação de que o juiz não pode designar mais de um perito para cada tipo de exame, o chamado sistema do perito único ³⁹. Se o juiz pode determinar segunda perícia, como faculta o artigo 437 do CPC, por que não pode ele simultaneamente designar dois ou mais peritos, que possam lhe transmitir elementos mais seguros sobre o objeto da prova, permitindo-lhe com mais segurança aferir a sua confiabilidade?

Não menor é o problema da relatividade da própria ciência, a todo momento aperfeiçoando e superando estágios anteriormente atingidos e muitas vezes se deparando com falsos conhecimentos, o que exige que o juiz saia da postura burocrática de considerar como um refúgio impenetrável o saber científico para ir em busca da sua confirmação em fontes diversas e idôneas. Quanto mais aberta e pluralista for a transmissão do conhecimento científico, menor será o risco de erro de julgamento, tanto mais que, em matéria ambiental, há poucos profissionais realmente experientes ⁴⁰.

A insegurança do conhecimento científico veio à tona pela primeira vez na literatura jurídica através de um acórdão de 1990 da Corte de Cassação italiana, no qual aquele tribunal alertou que as leis da ciência devem ser ratificadas mediante o recurso a métodos de prova racionais e controláveis.

A questão foi objeto de minuciosa análise no julgamento da Corte Suprema dos Estados Unidos de 1993 no caso *Daubert vs. Merrell*, relatado pelo juiz Blackmun. Esse acórdão, que invoca expressamente a doutrina de importantes autores da filosofia das ciências, como Hempel e Popper, proclama que as afirmações que constituem uma explicação científica precisam ser suscetíveis de uma verificação empírica e que o critério da sua confiabilidade é a sua falsificabilidade ou controlabilidade. A aceitação geral pode ter um peso importante na admissibilidade da prova, para não dispersar a investigação. No caso de uma técnica científica determinada, a Justiça deve levar em conta a sua margem de erro e aplicar critérios de controle da eficácia da técnica.

A Corte Suprema americana, nesse *leading case* que alterou a sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso, os juízes

³⁸ A prova no processo civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil, loc. cit., p. 93.

³⁹ V. Nelson Nery Junior, "Perícia múltipla na ação civil pública ambiental", in Édis Milaré, *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 433.

⁴⁰ Sílvia Cappelli, "Acesso à justiça, à informação e participação popular em temas ambientais no Brasil", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, p. 293.

devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica.

Federico Stella faz a seguinte síntese dessa decisão:

“...o juiz deve considerar confiáveis apenas as hipóteses científicas que tenham recebido o grau de confirmação exigido pela concepção indutivística do método científico e que, ademais, possuam os requisitos ilustrados pela concepção falsificacionista, eventualmente integrados pelo critério do consenso geral”⁴¹.

Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no Processo Civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico através da aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica.

Com essas premissas, no processo ambiental não podem ser aceitas provas estatísticas reveladoras de índices de risco, pois a nossa reflexão sobre a ciência como instrumento de apuração da verdade há de levar-nos à constatação de que as provas fundadas em correlações estatísticas não revelam leis causais, mas, como ressaltado por Armin Kaufmann, constituem apenas indícios que podem tornar-se suficientemente fortes, em razão da ausência de outras explicações plausíveis⁴² e da existência de consenso entre os cientistas⁴³.

O artigo 427 do Código de Processo Civil permite que o juiz dispense a perícia se as partes instruírem o processo com pareceres técnicos confiáveis. Entretanto, esse dispositivo está praticamente em desuso, porque, lamentavelmente, ocorre no Brasil que os profissionais que subsidiam tecnicamente as partes se sentem no dever de atuar como verdadeiros advogados técnicos e não como especialistas portadores de conhecimentos que devem ser confiáveis por todos. Isso levou a própria orientação original do Código de Processo Civil a ser abandonada a partir da Lei 8.455/92, que retirou os assistentes técnicos das partes do rol dos sujeitos imparciais do processo.

O sistema do perito único designado pelo juiz é insatisfatório no processo ambiental em que, com freqüência, se exigem observações e opiniões técnicas

⁴¹ Ob. cit., p. 441.

⁴² Armin Kaufmann, “Tatbestandmässigkeit und Verursachung in Conterganverfahren”, citado por Federico Stella, *Giustizia e modernità – la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 3ª ed., 2003, p. 238.

⁴³ Maiwald, *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999, citado por Stella, ob. cit., p. 240.

de profissionais de diversas especialidades, o que é facultado pelo artigo 431-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 10.358/2001.

Por fim, sobre a perícia, não é de menor a importância a questão do seu custeio.

O artigo 18 da Lei 7.347/85 dispõe que nas ações coletivas não haverá adiantamento de despesas processuais e honorários periciais, o que dificulta a realização de perícias complexas, pela impossibilidade de o próprio perito desembolsar recursos próprios elevados para a sua realização.

Esse dispositivo evidentemente visou a facilitar o acesso à Justiça por parte de associações. Quando o adiantamento das despesas couber a órgão do Estado ou ao Ministério Público, parece-me que o próprio Estado deverá arcar com a antecipação dos honorários periciais, aplicando-se o enunciado 232 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência de depósito prévio dos honorários do perito". Quando o adiantamento couber a um particular, normalmente réu na ação coletiva, dele não ficará isento, salvo se beneficiário da assistência judiciária gratuita.

No caso de a antecipação caber a associação-autora, a dispensa legal não pode inibir a realização da perícia. Se o perito não concordar em servir gratuitamente, deverá o próprio Judiciário arcar com a antecipação dos honorários, aparelhando-se financeiramente para esse fim. A solução de impor que, nesses casos, a perícia seja feita pelo serviço técnico de um órgão público não pode reduzir a liberdade de escolha do perito, de acordo com os critérios da capacidade e da confiança ⁴⁴.

II. MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA

Marcelo Abelha Rodrigues defende a utilização das máximas da experiência para definir a causalidade adequada, gerar presunções humanas sobre a ocorrência do fato principal e formular a norma jurídica concreta aplicável ao caso ⁴⁵.

Já observei alhures ⁴⁶, que as máximas da experiência, como juízos baseados na observação do que comumente acontece e consolidados no patrimônio cultural comum da sociedade, e o chamado senso comum, como conjunto de noções universalmente aceitas na sociedade como verdadeiras, precisam encontrar o seu espaço como instrumentos reveladores da razão prática e como métodos racionais de apuração da verdade, dando impessoalidade ao julgamento dos fatos.

⁴⁴ V. Hugo Nigro Mazzilli, ob. cit., ps. 500/502.

⁴⁵ Marcelo Abelha Rodrigues, "Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais", in José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas (orgs.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, 2ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004, p. 186.

⁴⁶ *O conceito de prova*, loc. cit., ps. 257/258.

Entretanto, não se podem perder de vista as advertências de Taruffo de que as máximas da experiência e o senso comum muitas vezes têm de ser abandonados, pelo seu caráter vulgar e a sua incompatibilidade com a ciência ou até mesmo pela sua equivocada formulação, sem falar na heterogeneidade da sociedade que impossibilita a aceitação incontestada de certos valores e princípios ⁴⁷.

12. LIVRE CONVENCIMENTO

Em 1968 Mauro Cappelletti publicou estudo oriundo de lição ministrada na Universidade de Praga, no qual já anunciava a emergência de um movimento em favor da valoração científica das provas, através do qual se pretenderia superar, mediante critérios de medida objetivos, os perigos e as possíveis arbitrariedades da valoração subjetiva por parte do juiz ⁴⁸.

Alguns anos mais tarde, Michele Taruffo, em obra clássica sobre a motivação da sentença, delimitaria a exigência de racionalidade da fundamentação sobre os juízos de fato, como instrumento de controle do arbítrio judicial e pressuposto da justiça da decisão, expondo que as partes têm o direito de conhecer as razões específicas da desconsideração ou rejeição das provas por elas propostas, pois a discricionariedade decorrente do princípio do livre convencimento exige que a avaliação das provas seja adequadamente justificada, tendo a motivação um papel fundamental de racionalização dessa avaliação como instrumento de sua controlabilidade interna e externa. Segundo o Autor, a fundamental natureza inferencial do juízo de fato exige que os resultados que ele provoca na convicção do juiz sejam verificáveis e possam considerar-se validamente justificados, não apenas pela indicação dos pontos de partida das conclusões, mas pela indicação e eventual justificação dos critérios de racionalidade das inferências. O discurso justificativo somente pode reputar-se completo se todos os componentes estruturais da decisão, a respeito de cada ponto relevante, estão racionalmente justificados: a interpretação das normas aplicadas, a declaração dos fatos, a sua qualificação jurídica e as consequências jurídicas que derivam da decisão. Essa justificativa exige a explicitação das premissas e dos critérios jurídicos ou hermenêuticos, cognoscitivos e valorativos de todas as escolhas, sob pena de omissão ou insuficiência da motivação ⁴⁹.

E, mais recentemente, Giovanni Verde também observou que, hoje em dia, toda reflexão sobre a prova deve considerar a necessidade de construir a

⁴⁷ Michele Taruffo, "Funzione della prova: la funzione dimostrativa", "Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica", "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice", in *Sui confini*, Il Mulino, Bologna, 2002, ps. 314, 342 e 135/137; *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 308.

⁴⁸ Mauro Cappelletti, "La libre valoración de las pruebas", in *El proceso civil en el derecho comparado*, Valletta, Buenos Aires, 1973, ps. 127 y ss.

⁴⁹ Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, ps. 437/453.

investigação do juiz como racional, a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito, a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos e a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade ⁵⁰.

A tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos, constitucionalmente assegurada (art. 5º-XXXV), não se satisfaz com qualquer verdade fática, o que tornaria absolutamente incerta a eficácia dessa tutela, tornando a justiça uma verdadeira loteria. O acertamento verdadeiro dos fatos é um dos escopos institucionais do processo. Somente o livre convencimento formado através de critérios por todos aceitáveis satisfaz à isonomia e à impessoalidade da jurisdição ⁵¹.

Por isso, os critérios de julgamento das questões de fato devem assentar em premissas objetivamente verificáveis, e não em intuições subjetivas do juiz. E assim, quando a prova judiciária precisa recorrer ao conhecimento de outras ciências, ela deve sempre procurar empregar os critérios aceitos por essas ciências, "lógica e racionalmente estabelecidos e aplicados" ⁵².

No mesmo sentido, a lição de Antonio Carratta:

"...a exigência de que o processo para ser 'justo' conduza a uma decisão fundada sobre o acertamento verídico e externamente controlável dos fatos da causa impõe ao juiz proceder seguindo critérios de tipo lógico-racional, porque apenas estes permitem, por um lado, conseguir o mais alto grau de verdade possível sobre as alegações fáticas e, por outro, garantir – mediante uma adequada motivação – o controle externo da base fática da decisão" ⁵³.

Não é outra a conclusão de Gian Franco Ricci, para quem a prova jurídica, sendo em substância idêntica à prova científica, não pode dissociar-se do emprego de critérios lógico-racionais, que devem presidir a todo o desenvolvimento do

⁵⁰ Giovanni Verde, "Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 580.

⁵¹ Leonardo Greco, "A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil", in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 15, junho de 2004, Dialética, São Paulo, p. 83.

⁵² Idem, p. 84.

⁵³ Antonio Carratta, "Prova e convincimento del giudice nel processo civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, ano LVIII, 2003, p. 40.

procedimento probatório. O seu mecanismo inferencial deve sempre e apenas observar as regras da lógica, tal com nas ciências empíricas ⁵⁴.

Por isso, na feição adotada pelo Direito brasileiro, através do artigo 131 do Código de Processo Civil, que a doutrina vem denominando de *persuasão racional*, a livre convicção do juiz não é um regime de liberdade absoluta, porque lhe impõe nos enunciados fáticos consistência lógica com a prova constante dos autos ⁵⁵.

No processo ambiental, pela relevância dos interesses em jogo, impõe-se de modo especial essa racionalidade, que a paixão pela preservação da natureza para as futuras gerações não pode obscurecer.

13. CONCLUSÃO

Ao contrário do que muitos pensam, o processo ambiental talvez seja o campo mais fértil para que o processo dê definitivamente o salto do racionalismo tecnicista para o garantismo. Os valores humanitários a tutelar e a dificuldade de uma cognição segura não podem levar o intérprete ou o aplicador da lei ao desespero ou à prática de atos de arbítrio. Nada nos restará preservar para as futuras gerações se não soubermos preservar o respeito pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais.

Um bom sistema probatório há de preservar a paridade de armas e a busca da verdade, contribuindo para uma convivência pacífica dos cidadãos sob a égide dos princípios democráticos do Estado de Direito.

⁵⁴ Gian Franco Ricci, "Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, ano LIV, 2000, p. 1160.

⁵⁵ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, vol. 1, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 351.

ENSAYOS

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y MEDIO AMBIENTE

por DANIEL A. SABSAY *

I. LA EVOLUCIÓN DE LA DEMOCRACIA

En las dos últimas décadas la democracia ha ido cobrando un empuje que poco tiempo antes hubiera resultado imposible predecir. Luego de que una gran parte del siglo XX se viera caracterizada por la proliferación de distintas modalidades de autoritarismo y de totalitarismo que exhibían como nota común el desprestigio y la inoperancia del constitucionalismo liberal, en la actualidad alrededor de las dos terceras partes de los países del planeta están organizados, con mayor o con menor vigor, bajo las reglas del Estado de derecho.

Una primera razón de este proceso es fácil encontrarla en el fracaso a que condujeron todas las aventuras derivadas de las teorías que disputaron al constitucionalismo los criterios del buen gobierno durante más de medio siglo. Pero si se profundiza un poco más en las causas del fenómeno aparecen motivos que se entroncan con las aspiraciones de vivir bajo los valores de libertad, igualdad y calidad de vida adecuada, que experimenta la gran mayoría de las comunidades en el mundo. Es evidente que más allá de las promesas muchas veces demagógicas que pueden presentar ciertas propuestas "salvadoras", a la larga la fuerza de persuasión que importan los principios en que se sustenta la democracia ha terminado por conquistar el mayor número de adeptos. Sin embargo, esta evolución lejos de estar estabilizada, se da en el marco de serias tensiones, producto de colosales transformaciones en la estructura que hoy presenta el mundo y en consecuencia en las relaciones entre personas, comunidades, países, etc. De lo que se trata es de conseguir la vigencia de las grandes metas y valores de la democracia para su aplicación en escenarios muy distintos de aquellos que existían al momento de la consagración de este movimiento de ideas con raíces en el siglo XVIII. Justo es observar que hasta el presente los diferentes desafíos dirigidos contra el ideal democrático han sido enfrentados con la creación de nuevas instituciones que se han ido agregando a las primigenias del constitucionalismo clásico, surgido al calor de las revoluciones inglesa, americana y francesa. Así se

* Director ejecutivo de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA).

han reconocido nuevas generaciones de derechos, instituciones particulares encaminadas a controlar el poder estatal, como así también se modificaron muchas de las bases del funcionamiento de las formas clásicas de gobierno: presidencialismo y parlamentarismo, para dar luz a tipos mixtos.

Este enriquecimiento de los contenidos del Estado de derecho también puede ser analizado desde otro eje, el de la participación de los gobernados. Si se tiene en cuenta este ángulo de observación, fácil es comprobar que desde una intervención que se limitaba, conforme a los moldes de la democracia representativa, a elegir a los gobernantes por medio del sufragio, los espacios de participación se han ido aumentando con la incorporación de las formas semidirectas de democracia —referéndums, plebiscitos, revocatorias, etc.—, primero; y luego con la creación de instituciones que, como la audiencia pública, le reservan a los miembros de una comunidad políticamente organizada, diferentes posibilidades de dar a escuchar su voz. De este modo el proceso para la toma de las decisiones gubernamentales sufre una gran transformación, con claras consecuencias en el esquema de relaciones entre gobernados y gobernantes.

II. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

El tránsito desde una democracia representativa hacia una de tipo participativo constituye uno de los fenómenos más característicos de la evolución del constitucionalismo. La primera etapa de este movimiento se caracterizó por una clara separación entre las esferas de los gobernantes y de los gobernados. En efecto, estos últimos sólo intervenían en el ámbito del poder público, a través del sufragio, a fin de instituir a quienes debían integrar los órganos políticos del Estado. De esta manera se concretaba uno de los momentos claves de la vida de un Estado de derecho, cual es el pronunciamiento del electorado por medio del voto a fin de legitimar el acceso de sus autoridades a los cargos gubernamentales. El transcurso del tiempo iría poniendo de manifiesto que esta visión pecaba por defecto, y de ahí en más se irían creando nuevos espacios para la participación de los gobernados en la gestión de intereses públicos.

La primera apertura se da ya en el siglo XIX y consiste en la institucionalización del sufragio para decidir, que se concreta a través de distintos institutos, todos los cuales integran las denominadas formas de democracia semidirecta. Claro que para aquel entonces la vigencia de estas herramientas que hacen pensar en la democracia directa sólo funcionaban en muy pocos lugares; destacándose el caso de Suiza, en donde existían antecedentes desde hacía mucho tiempo. En todos los mecanismos de democracia semidirecta se solicita el pronunciamiento del electorado para que éste se pronuncie sobre cuestiones de diversa índole en sustitución de sus gobernantes. En muchos sistemas estas situaciones pueden ser suscitadas directamente por los ciudadanos. Pero con el tiempo, a las formas semidirectas de democracia se le han ido agregando otras modalidades de participación.

Las nuevas modalidades a que estamos haciendo referencia transforman a la participación popular, haciendo de ella una nota inserta en la rutina de la toma de las decisiones en el marco de la democracia. De esta manera la intervención directa de los gobernados cumple un importante papel en la gestación, en la toma, en la aplicación y en el control de las decisiones, como así también en la asunción de las responsabilidades que puedan surgir como consecuencia del comportamiento de los gobernantes. Más adelante veremos cómo el fenómeno ha sido receptado por el derecho público de nuestro país.

III. DESARROLLO SUSTENTABLE Y PARTICIPACIÓN

El desarrollo sustentable constituye un concepto de difícil definición y que ha aparecido en la escena mundial desde hace poco tiempo. Su presentación en el nivel internacional proviene de la declaración emitida por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano que tuvo lugar en Estocolmo en 1972. La riqueza de esta noción proviene de la elasticidad de su contenido y de la amplitud de los elementos que la integran. Asimismo, es cada vez más frecuente su empleo como guía en materia de valores encaminados al logro de ciertas metas, que como la equidad intergeneracional, hablan de un equilibrio entre las necesidades de las generaciones presentes y futuras. A partir de esta introducción, nuestra reflexión se internará en el análisis de los principales elementos integrantes de las modalidades con mayor aptitud para el ejercicio de un "buen gobierno" en los albores del siglo XXI. Consideramos que al respecto, dada la temática del presente artículo, resulta propicia la presentación de los conceptos de participación, acceso a la información y a la justicia. Nuestras consideraciones aspiran a ir conformando, desde una visión sistémica, una suerte de modelo de gobernabilidad que responda con elasticidad a los desafíos de la hora actual, a los que se le agregan otras notas, como son las técnicas de resolución alternativa de conflictos y de distribución de competencias, entre otros.

Ello así, la temática ambiental y su aplicación en el marco de una modalidad de desarrollo sustentable exige para su puesta en marcha de ciertos requisitos institucionales. Por ello, cobra especial relevancia la elección de los mecanismos institucionales que posibiliten la efectiva adopción de un modelo sostenible de desarrollo. En tal sentido, el "ropaje" institucional adecuado debe encuadrarse dentro de los lineamientos de una democracia participativa. Esto exige una especial labor desde diferentes planos a fin de lograr una conciliación de intereses apta para la construcción de un manejo diferente de las relaciones de poder en el interior de las comunidades políticamente organizadas.

El cumplimiento de metas tan ambiciosas requiere, asimismo, de la organización de estructuras de gobierno aptas para ello y, por lo tanto, para hacer frente a la particular naturaleza interdisciplinaria y multirelacionada de la cuestión ambiental unida al concepto de desarrollo sustentable. Desde la comunidad el proceso debe verse acompañado por una participación de los habitantes, diferen-

Las nuevas modalidades a que estamos haciendo referencia transforman a la participación popular, haciendo de ella una nota inserta en la rutina de la toma de las decisiones en el marco de la democracia. De esta manera la intervención directa de los gobernados cumple un importante papel en la gestación, en la toma, en la aplicación y en el control de las decisiones, como así también en la asunción de las responsabilidades que puedan surgir como consecuencia del comportamiento de los gobernantes. Más adelante veremos cómo el fenómeno ha sido receptado por el derecho público de nuestro país.

III. DESARROLLO SUSTENTABLE Y PARTICIPACIÓN

El desarrollo sustentable constituye un concepto de difícil definición y que ha aparecido en la escena mundial desde hace poco tiempo. Su presentación en el nivel internacional proviene de la declaración emitida por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano que tuvo lugar en Estocolmo en 1972. La riqueza de esta noción proviene de la elasticidad de su contenido y de la amplitud de los elementos que la integran. Asimismo, es cada vez más frecuente su empleo como guía en materia de valores encaminados al logro de ciertas metas, que como la equidad intergeneracional, hablan de un equilibrio entre las necesidades de las generaciones presentes y futuras. A partir de esta introducción, nuestra reflexión se internará en el análisis de los principales elementos integrantes de las modalidades con mayor aptitud para el ejercicio de un "buen gobierno" en los albores del siglo XXI. Consideramos que al respecto, dada la temática del presente artículo, resulta propicia la presentación de los conceptos de participación, acceso a la información y a la justicia. Nuestras consideraciones aspiran a ir conformando, desde una visión sistémica, una suerte de modelo de gobernabilidad que responda con elasticidad a los desafíos de la hora actual, a los que se le agregan otras notas, como son las técnicas de resolución alternativa de conflictos y de distribución de competencias, entre otros.

Ello así, la temática ambiental y su aplicación en el marco de una modalidad de desarrollo sustentable exige para su puesta en marcha de ciertos requisitos institucionales. Por ello, cobra especial relevancia la elección de los mecanismos institucionales que posibiliten la efectiva adopción de un modelo sostenible de desarrollo. En tal sentido, el "ropaje" institucional adecuado debe encuadrarse dentro de los lineamientos de una democracia participativa. Esto exige una especial labor desde diferentes planos a fin de lograr una conciliación de intereses apta para la construcción de un manejo diferente de las relaciones de poder en el interior de las comunidades políticamente organizadas.

El cumplimiento de metas tan ambiciosas requiere, asimismo, de la organización de estructuras de gobierno aptas para ello y, por lo tanto, para hacer frente a la particular naturaleza interdisciplinaria y multirelacionada de la cuestión ambiental unida al concepto de desarrollo sustentable. Desde la comunidad el proceso debe verse acompañado por una participación de los habitantes, diferen-

te de la existente en las democracias representativas tradicionales. Es justamente por ello que surgen institutos que posibilitan la intervención de los gobernados en la toma de las decisiones susceptibles de alterar el ambiente. Tal estructura, cuando debe ser ideada para un país en el cual conviven varios centros de poder territorial, exige de la creación de formas de coordinación que impidan la superposición de funciones o la actuación anárquica de las distintas autoridades.

IV. LA PARTICIPACIÓN

La vida democrática moderna requiere de una intervención cada vez más activa de la población. Se necesita de la participación de los miembros de la comunidad. La idea de que los gobernados sólo actúan cuando se trata de elegir y luego —valga la redundancia— son gobernados por otros, sin que exista posibilidad alguna de interactuar con los gobernantes, ha quedado agotada. Ahora, al concepto de democracia representativa se le agrega la calificación de participativa. La participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre los gobernantes y los gobernados. La actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor los problemas que aquejan a una sociedad y que se busquen de manera mancomunada las posibles soluciones. La participación permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables, se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones. Se deben encontrar vías adecuadas para impedir que la destrucción de los ecosistemas provoque a la larga la inhabitabilidad del planeta. La evolución del concepto de defensa del ambiente ha puesto de manifiesto que la solución no se limita a la actitud de conservar a todo precio. La mera conservación puede importar "quietismo", no desarrollo, es decir que por otra vía la subsistencia también se haría imposible para amplias franjas de la población.

En definitiva, para encontrar soluciones en estos campos se deben lograr amplios consensos, y para ello se deben concretar los canales de participación más adecuados. La materia ambiental y la gestión de los recursos naturales han permitido, a lo largo de las últimas décadas, una cada vez más importante presencia ciudadana en todas las decisiones que atañen a estas dos cuestiones. La legislación y las prácticas de las democracias más desarrolladas así lo demuestran. Esto ha sido posible gracias a un rol muy activo de la sociedad civil, liderado en gran parte por organizaciones no gubernamentales. Asimismo, se ha producido a través de ciertos mecanismos, como las audiencias públicas y la administración coparticipada, entre muchos otros, que han procurado la creación de espacios propicios para la concreción de distintos tipos de participación.

La Ley General del Ambiente (LGA) congrega en su texto una diversidad de temas relacionados con los aspectos fundamentales de la política ambien-

tal 1. Se trata de una ley marco que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental, sancionados por el Congreso Nacional en virtud del mandato constitucional del art. 41, párr. 3º. La técnica legislativa por la que ha optado el legislador engloba aspectos que se vinculan al entramado de nuestra organización federal de Estado, con énfasis en las relaciones interjurisdiccionales Nación-provincias y su importancia respecto a la determinación y aplicación de los presupuestos mínimos, como así también en elementos considerados fundamentales para la política ambiental, tales como los objetivos y principios que deben regirlos y los instrumentos básicos de gestión ambiental. Entre estos últimos, como luego veremos, lo atinente a participación, acceso a la información y a la justicia encuentra una generosa respuesta en el articulado de la norma. En virtud del texto de la LGA y de la Constitución Nacional, el resto de la normativa que posea incidencia en aspectos relativos a la protección ambiental, a nivel nacional, provincial y municipal, deberá adecuarse a este marco básico. En este sentido, ya hemos abordado ciertas cuestiones relativas a los aspectos interjurisdiccionales de la LGA en nuestra publicación "El federalismo y la nueva ley general del ambiente" 2.

La participación ciudadana constituye un aspecto inherente a lo que hemos dado en llamar gobernabilidad para la sustentabilidad 3. Para ello será necesaria la transformación de la democracia representativa a fin de posibilitar que sea participativa. Esto no lleva a la desaparición de las modalidades de representación de tipo clásico, sino a la necesidad de que junto a ellas se den cabida a diferentes institutos encaminados a asegurar la intervención de los gobernados en los procesos de toma de decisión. El abecé de la participación ciudadana ha sido formulado en los postulados del principio 10 de la Declaración de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 4.

¹ Ley 25.675 (BO 28/11/2003).

² Ver SABSAY, Daniel A. - DI PAOLA, M. E., "Ley 25.675: El federalismo y la nueva Ley General del Ambiente", *Anales de Legislación Argentina*, Boletín Informativo (Doctrina), año 2002, 32 (47 y 54), La Ley, Buenos Aires.

³ Ver WALSH, J. R. (ed) - DI PAOLA, M. E. - GONZÁLEZ ACOSTA, G. - LÓPEZ, H. - ROVERE, M. - RYAN, D. - SABSAY, D., *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

⁴ Ver Principio 10 de la Declaración de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

El esquema relativo a la que hemos dado en denominar gobernabilidad para la sustentabilidad se completa en la LGA con las disposiciones contenidas en los arts. 2° y 10 y en el capítulo titulado: "Participación ciudadana" (arts. 19 a 21). En efecto, el art. 2° de la LGA determina entre los objetivos de la política ambiental nacional: "e) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión". Asimismo, ya en el capítulo especial, el art. 19 establece que "toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionan con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general" (art. 20). En otra de las disposiciones se impone la necesidad de acudir a estos procedimientos de "consultas o audiencias públicas" para autorizar actividades que "puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente". También deberán asegurarse estas instancias, según el legislador, "en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio" (art. 21). En relación con este último, el art. 10 expresa: "El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, (...) y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable".

En suma, la ley presenta un esquema muy amplio para la participación ciudadana, ya que las disposiciones mencionadas integran una suerte de sistema abarcativo de un abanico de posibles institutos adecuados para el cumplimiento de esa finalidad. Se trata de una oportunidad estupenda para que a nivel nacional se ponga en marcha un modelo participativo avanzado. La técnica legislativa que utiliza el legislador nos parece acertada, en tanto se limita al diseño de un perfil del modelo deseado, dejando en manos de la reglamentación la determinación de las figuras, sus modalidades y su actualización en el tiempo. Creemos que a través de otras leyes complementarias también se podrá enriquecer el abanico institucional, puesto que si bien la labor de la reglamentación también será crucial en este punto, su contenido siempre estará limitado por la relación ley/reglamento que marca claros límites al alcance de estos últimos. Además, el amplio objetivo planteado en el art. 2° citado sólo puede ser satisfecho por medio de una panoplia de figuras, y en ese sentido apoyamos la actitud del legislador de no haber fijado un *numerus clausus*.

Ahora bien, no obstante la latitud de la LGA, su lectura permite identificar varias figuras para la canalización de la intervención de los gobernados en los procesos de adopción de decisiones en los que se juega la definición del modelo de desarrollo humano previsto en los arts. 41 y 75, incs. 17 y 19, CN, que son concordantes. Así, por una parte, el art. 19 alude a la posibilidad de que toda persona pueda dar su opinión. En base a ello el espacio participativo podrá ser suscitado tanto por la autoridad como por las personas en general. Coincidimos con el enfoque dado, ya que siempre hemos mirado con desconfianza a aquellas normativas que dejan exclusivamente en manos del gobernante la generación de las instancias participativas. Como lógica derivación de lo manifestado hasta acá.

quede en manos de la autoridad reglamentaria la determinación de un marco lo suficientemente generoso como para dar cabida a esta dialéctica en la que se conjuga el accionar gubernamental y el de los gobernados, evitando que se conceda el monopolio de la instancia participativa sólo a una de las partes antes consideradas.

V. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

Es de destacar que es el ámbito local (provincial y municipal) el que resulta más fértil para la implementación de los mecanismos participativos, particularmente por la mayor cercanía entre gobernantes y gobernados que posibilita la "menor escala" en que se desenvuelven y porque, como afirmara un vocal de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en una estructura federal, las provincias son como laboratorios cuyas experiencias pueden ser útilmente aprovechadas con posterioridad a nivel nacional⁵. Debe reconocerse que han sido los textos constitucionales de las provincias argentinas los que estuvieron a la vanguardia, obrando como punta de lanza en la introducción de los nuevos procedimientos participativos. La evolución en este aspecto ha sido tradicionalmente sistematizada, como ha recordado el autor precitado, dividiendo cronológicamente el proceso en tres etapas diferenciadas:

Un primer período caracterizado por el intento de afianzamiento institucional según las directrices de la Constitución histórica de 1853/1860, en el que pueden encontrarse intentos como los del art. 221 de la Constitución de Mendoza de 1916 y el 192 de la Constitución de Buenos Aires de 1934, que introducen el mecanismo del referéndum dentro del proceso de reforma de constitucional, así como el art. 152 de la Constitución de Córdoba de 1923 que preveía la posibilidad de que la legislación infraconstitucional otorgara, en el ámbito municipal, los derechos de iniciativa, referéndum y destitución de funcionarios electivos. Una previsión análoga puede encontrarse en el art. 193 de la Constitución de Entre Ríos de 1933.

La segunda fase es la que se inicia a partir de la década del '50, con el proceso constituyente promovido en las nuevas provincias en la que puede advertirse un avance mucho más decidido. Como ejemplo se cita la Constitución de Chaco de 1957, cuyo art. 2º consagra los derechos de iniciativa popular, referéndum y revocatoria, así como las de Misiones (1958) y Neuquén (1957) cuyos arts. 2º y 3º, respectivamente, consagran idénticos derechos.

Finalmente, un tercer período, el más fértil en la materia, es el que parte de 1983, con la recuperación de las instituciones democráticas, citándose como ejemplos las constituciones de Catamarca de 1998 (art. 129: consulta popular y referéndum); Córdoba de 1987 (art. 31: iniciativa popular; art. 32: consulta popular

⁵ CARNOTA, Walter F., "Las formas de democracia semidirectas en la reforma constitucional bonaerense", JA Sección Doctrina 1995-1-793.

y referéndum); Formosa de 1991 (art. 4º: plebiscito y referéndum), Jujuy de 1986 (art. 2º: iniciativa popular, plebiscito consultivo y referéndum; art. 118: iniciativa legislativa); La Rioja de 1986 (art. 81: iniciativa popular; art. 82: consulta popular; art. 83: revocatoria popular); Río Negro de 1988 (art. 2º: referéndum, consulta, iniciativa y revocatoria populares); Salta de 1986 (art. 58: iniciativa; art. 59: referéndum); San Juan de 1986 (arts. 235 a 237: consulta popular); San Luis de 1987 (art. 97: iniciativa popular; arts. 98 a 100: consulta popular); Santiago del Estero (art. 4º: sistemas de consulta popular), Tierra del Fuego de 1991 (art. 207: iniciativa popular; art. 208: consulta popular; art. 209: revocatoria de mandatos).

Con respecto a la participación relacionada directamente con la problemática ambiental, se deben destacar la Constitución de la provincia de Buenos Aires, cuyo art. 28, luego del reconocimiento del derecho al ambiente sano y demás principios sobre dominio y preservación de los recursos naturales, establece que: "En materia ecológica deberá (...); y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales", más adelante determina como principio general que "toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo".

El art. 47 de la Constitución de San Luis, luego de desarrollar el tema, reconoce un acceso ampliado a la justicia, cuando expresa que, "toda persona por acción de amparo puede pedir la cesación de las causas de la violación de estos derechos". Cláusula que también se encuentra en el art. 66 de la Constitución de La Rioja y en la de Río Negro. El art. 38 de la Constitución del Chaco reconoce a los habitantes junto al derecho a un ambiente sano y como principio general "(...) a participar en las decisiones y gestiones públicas para preservarlo, así como el deber de conservarlo y defenderlo". El art. 31 de la Constitución de Tierra del Fuego, entre los deberes de los habitantes, expresa en su inc. 8º, "Evitar la contaminación y participar en la defensa del medio ambiente".

Por último, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996 es la que más avanza en la materia y al respecto desarrolla una verdadera matriz participativa, dentro de la cual se destaca la temática ambiental como un eje básico a partir del cual se definen varias instituciones que luego, como el caso de la audiencia pública, es utilizada en otros campos. Dada la riqueza de este marco, a continuación volcamos a través de cuadros el entramado contemplado en esta ley fundamental.

En el anexo se sintetizan las disposiciones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires relativas a los instrumentos de democracia participativa.

VI. LA AUDIENCIA PÚBLICA Y LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

El instituto de la audiencia pública ha sido desarrollado a nivel nacional a través de legislación sectorial específica, tal es el caso de la Ley de Obras Hi-

dráulicas, como así también de la normativa relativa a servicios públicos ⁶. Por su parte, la legislación provincial que trató esta materia, en su mayoría lo ha hecho en relación a temas ambientales ⁷. A nuestro entender vale la pena traer a colación el antecedente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual ha optado por sancionar un cuerpo normativo que regula los distintos tipos de audiencias públicas, que luego podrán organizarse en virtud de las decisiones particulares que los gobernantes tomen sobre diversos temas, ya sea cuando la Constitución u otra norma lo establezca en forma obligatoria, o cuando se trate de una audiencia facultativa, o a petición de la ciudadanía ⁸. Asimismo existen algunos municipios en el país que en sus cartas orgánicas han incluido este instituto o que cuentan con regulaciones específicas sobre audiencias públicas ⁹.

Definimos a la audiencia pública como "...una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la que la autoridad responsable habilita un espacio institucional para que toda aquella persona interesada exprese su opinión respecto de ella". Se trata de "una reunión formal que crea obligaciones y genera responsabilidades" ¹⁰.

El objetivo de este instrumento es contribuir al mejoramiento de la calidad y la razonabilidad de las decisiones que se adopten. Como se señala a continuación y en forma específica en relación a la LGA, si bien las opiniones vertidas en la audiencia pública no son vinculantes para las autoridades convocantes, las distintas legislaciones han incluido exigencias relacionadas a los efectos de las mismas, que implican el otorgamiento de mayor relevancia a dicho instituto, cuales

⁶ Ver la ley 23.879 de Obras Hidráulicas (BO 1/11/1990), modificada por la ley 24.539 (BO 14/9/1995). Ver asimismo res. 39/1994 del Ente Regulador de Electricidad (BO 9/5/1994). Para más información, consultar en Internet el *Manual de Participación Pública y Autonomía Municipal*. (Octubre 2001). Buenos Aires, FARN. Disponible en: <http://www.farn.org.ar/docs/p23/capa1.html> (visitada el 15/5/2003).

⁷ Ver Mendoza, ley 5961 de Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente (BO 25/2/1993) y res. 109/1996 del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas (BO 18/4/1996); Chubut: Ley de Evaluación de Impacto Ambiental 4032 (BO 30/11/1994), dec. reglamentario 1153 (BO 28/8/1995); Neuquén: ley 2267 de Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente (BO 23/12/1998); Río Negro: ley 3266 de Evaluación de Impacto Ambiental (BO 14/1/1999); Tierra del Fuego: ley 55 de Medio Ambiente (BO 30/12/1992); Buenos Aires: Código de Aguas, ley 12.257 (BO 9/2/1999). Para más información ver *Manual de Participación Pública y Autonomía Municipal*. (Octubre 2001). Buenos Aires, FARN. Disponible en Internet: http://www.farn.org.ar/docs/p23/capa1_4.html (visitada el 12/5/2003).

⁸ Ver ley 6 (BO 3/4/1998). Modificada por ley 258 (BO 24/11/1999) y ley 533 (BO 5/12/2000).

⁹ Ver ejemplos de la Carta Orgánica del Municipio de Viedma, de San Antonio Oeste y del Municipio de San Salvador de Jujuy.

¹⁰ Ver DI PAOLA, M. E. - Oliver, M. F. (2002), *Autonomía Municipal y Participación Pública. Propuestas para la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, FARN, p. 23. Disponible en Internet: <http://www.farn.org.ar/docs/p27.pdf> (visitada el 12/5/2003).

son la obligatoriedad de celebrar audiencias públicas para otorgar validez a un determinado acto administrativo o legislativo y asimismo la obligatoriedad de fundamentar las desestimaciones manifestadas por los ciudadanos.

Las audiencias públicas pueden ser legislativas o administrativas en función del acto sobre el cual verse la decisión que debe tomar la autoridad a nivel municipal, provincial, nacional o regional. Asimismo, y según lo establezca la normativa respectiva, las audiencias públicas pueden ser obligatorias (la autoridad las debe realizar, y si no el acto es nulo), facultativas (la autoridad decide si la convoca o no), o a petición de la ciudadanía (las normas establecen los requisitos por los cuales la ciudadanía puede solicitar su realización).

La LGA menciona a la audiencia pública en particular, erigiéndola de esta manera en la clave de bóveda para la canalización de la participación. Asimismo, se la considera como instancia obligatoria en los procesos de ordenamiento territorial y de evaluación del impacto ambiental. Se incluye este requisito participativo obligatorio en procesos básicos de la gestión ambiental, cuyo objetivo es el perfeccionamiento de las actividades en pos del logro del desarrollo sustentable. El art. 20, segundo párr., establece que "la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero, en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública". Es de destacar que al haber considerado oportuna la determinación de este aspecto del funcionamiento de las instancias de consulta y de audiencia pública, el legislador define una de las cuestiones cruciales del mismo. Se trata de los aspectos que desde larga data hemos definido como de "semi-vinculatoriedad" que permiten darle la necesaria trascendencia y efectos a estos institutos sin alterar el esquema representativo de nuestra democracia de conformidad con lo establecido en el art. 1º, CN ¹¹. Ello así, se deberán tener en cuenta los antecedentes previstos en las constituciones y legislaciones provinciales como así también en numerosas cartas y ordenanzas municipales que han acertado en la forma de desarrollar estas cuestiones.

Es de recordar que con la finalidad de otorgar efectos jurídicos a las audiencias públicas, las distintas legislaciones de las democracias participativas han incluido al menos dos tipos de exigencias, que pueden aparecer en forma individual o conjunta:

- la obligatoriedad de celebrar audiencias públicas en forma previa a determinadas decisiones por parte de las autoridades responsables,
- la obligatoriedad de fundamentar desestimaciones de opiniones vertidas por los participantes en caso de no tomarlas en cuenta.

¹¹ Ver SABSAY, D. A., *Manual de audiencias públicas en los municipios. Su utilidad en la gestión del medio ambiente*, FARN, 1993.

Mientras que lo primero garantiza que el ciudadano podrá contar con el espacio para ofrecer su punto de vista respecto de una posible decisión pública, lo segundo asegura que las opiniones expresadas en las audiencias públicas deban ser consideradas seriamente. En el supuesto de que las autoridades por razones de oportunidad y conveniencia decidan apartarse, deben ofrecer los justificativos del caso y fundamentar su apartamiento. En muchas legislaciones el incumplimiento de ambos tipos de exigencias es causal para declarar la nulidad de la decisión adoptada.

VII. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Junto a la participación debe perseguirse el acceso a la información como elemento indispensable para que la primera sea realmente efectiva e igualitaria. La publicidad de los actos de gobierno constituye una de las piedras angulares del Estado de derecho. Sin embargo, desde los albores del constitucionalismo la concreción de dicho principio de parte de quienes son los naturales obligados a dar tal información ha adolecido de serias falencias. En efecto, el hecho de dar o no dar al conocimiento público un determinado acto de gobierno y su fundamentación ha sido considerado en la práctica una suerte de potestad "graciosa", ubicada dentro de la esfera de discrecionalidad de los propios responsables en brindarlo.

Semejante interpretación desconoce un hecho fundamental de la realidad y que consiste en determinar a quién le pertenece la información pública. La definición al respecto no da lugar a muchas alternativas, estamos frente a un saber que por ser público le corresponde a los gobernados y que de ningún modo puede permanecer de manera injustificada en el conocimiento exclusivo de los gobernantes. A través de este mecanismo se posibilita un mayor control de la actuación de los gobernantes. Pero además de ello, en el marco de una democracia participativa, detentar la información apropiada constituye un requisito *sine qua non* para poder intervenir en la marcha del gobierno desde la sociedad. El axioma según el cual "el pueblo quiere saber de que se trata", acá adquiere una magnitud distinta, ya que sólo quien conoce puede participar de manera eficaz y alerta. El derecho de libre acceso a la información tiene antecedentes muy lejanos en el tiempo.

La LGA le dedica varias disposiciones a la información ambiental. Ante todo, el art. 2º, inc. i), establece entre los objetivos de la política ambiental nacional:

"Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma".

De esta manera la información ambiental se convierte en uno de los elementos fundamentales a integrar en todo plan de políticas ambientales a nivel nacional. Luego, la ley reconoce el derecho de toda persona de acceder a dicha información en su art. 16, que expresa que:

"Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan.

"Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada".

Luego, el art. 17 dispone que "la autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)". Por lo tanto, queda a cargo de la autoridad el almacenamiento sistemático y periódico de la información, como así también la obligación de ordenarla de modo de facilitar el acceso del público a la misma. En relación con este punto cabe destacar que la reglamentación deberá necesariamente ahondar en la definición de otros aspectos directamente ligados a él. Así, consideramos necesario que se establezca el principio de gratuidad de la información, la informalidad del pedido y los plazos dentro de los cuales los funcionarios deben informar. También debe considerarse que el funcionario que niega la información sin justa causa comete una falta grave y, por lo tanto, se hace pasible de la aplicación de una sanción que debe estar prevista en cada uno de los ordenamientos que regulan la actividad correspondiente a cada función. Además, debe quedar expedito el camino para la interposición de una acción de amparo a favor del solicitante de información insatisfecho en los plazos y condiciones garantizados en la normativa.

Por último, el art. 18 determina que "las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional".

VIII. EL ACCESO A LA JUSTICIA ¹²

A los elementos tratados debemos agregar una ampliación de la legitimación para actuar ante la justicia. El derecho constitucional va dando respuesta desde

¹² Sobre este tema consultar: Daniel A. Sabsay - Andrés M. Nápoli: "La Constitución y el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva", capítulo de próxima publicación en una obra colectiva del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

su óptica a una altísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados, pero ciertos y con jerarquía, que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental y en todo lo relacionado con la calidad de vida de los habitantes, que incluye el derecho a la salud y a la debida atención médica. Se trata de una coparticipación colectiva de intereses. ¿Cómo proteger entonces la lesión a los bienes de tipo colectivo? Surge entonces la necesidad de ampliar la clásica trilogía, compuesta por los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Deben ingresar los intereses difusos en la jerarquía constitucional. En la especie se tiene parte en un interés colectivo y supraindividual, ello constituye la faz subjetiva de la cuestión. Es decir que si bien no se puede demostrar un perjuicio personal o actual, de todos modos, quien participa de esta suerte de relación consorcial, compuesta por todos los damnificados actuales o potenciales, puede invocar una suerte de "cuota parte", que en tanto partícipe en la cuestión, le da derecho a recurrir a la justicia.

Luego de la reforma constitucional de 1994 el amparo (art. 43) ha obtenido un nuevo perfil institucional, que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos tipos distintos: uno de corte individual y otro colectivo. La segunda modalidad constituye *per se* uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente de reforma. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, como así también las consecuencias que ello provoca en materia de legitimación para el acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia. De lo contrario, no se podrían obtener los objetivos pretendidos con su institucionalización. De ser ello así, estaríamos aceptando que las normas constitucionales no han sido creadas para ser cumplidas.

Están legitimados para interponer las acciones en defensa de los derechos colectivos:

1) El afectado

Recordemos que tradicionalmente el acceso a dicha acción se encontraba limitado a aquellos individuos que fueran titulares de un derecho subjetivo, individual, en donde primaban criterios que, de hecho, descalificaban cualquier intento de representación procesal de intereses difusos o colectivos.

En materia de amparos, tanto la Corte Suprema como los tribunales inferiores habían sentado el criterio restrictivo en materia de legitimación activa, en donde, en la mayor parte de las veces, las cuestiones puestas a consideración no eran abordadas en su fondo, so pretexto de la inexistencia de legitimación procesal suficiente ¹³. De esta forma, quedó en claro que sólo estaban habilitados para

¹³ En materia de amparos, luego de la consagración jurisprudencial de la figura en los casos "Siri" y "Kot", se sucedió un largo período pretoriano, que, concluyó, con la sanción de

obrar aquellas personas que pudieran demostrar un grado directo y propio de afectación de sus derechos.

Es evidente que la cuestión relativa a la llamada *legitmatio ad causam* se constituía en una verdadera e infranqueable barrera para las acciones en estudio. Así, las tesis amplias, que entendían que el amparo podía ser planteado por cualquier persona, resultare o no afectado directo, quedaron relegadas y fueron claramente superadas por las tesis restrictivas que, basadas en los casos "Lumelli" y "Echegoyen"¹⁴, sustentaban que, contrariamente al tratamiento que recibe el hábeas corpus, en el amparo debe estarse al principio según el cual el actor debe ser el titular del derecho que se dice perjudicado¹⁵.

Tal como lo adelantamos, el nuevo texto constitucional en su art. 43, segundo párr., circunscribió la legitimación activa al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Hemos expresado en reiteradas ocasiones nuestra crítica a la redacción del mentado art. 43, fundamentalmente en lo que hace a la inclusión del término afectado porque el mismo resultaba enigmático y daría lugar a numerosas interpretaciones¹⁶.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por considerar que el afectado es quien, en forma directa, recibe el efecto del hecho dañoso o la amenaza de daño que de él deriva. Otras interpretaciones han colegido que el afectado puede serlo tanto en forma directa cuanto indirecta, pretendiendo, con ello significar, que la legitimación activa definida por el nuevo texto era amplia e irrestricta.

Quienes adhieren a una tesis restrictiva entienden que la correlación del primer párr. del art. 43, que remite a "toda persona" como legitimado activo para interponer amparos contra actos u omisiones de autoridad pública o de particulares que lesionen o amenacen otros derechos (no colectivos), es claramente contradictoria con la legitimación atribuida al "afectado" para esos intereses di-

la ley 16.986. En dicha etapa, el texto de esta norma puso un límite concreto y puntual a la legitimación activa. Su carácter restrictivo quedó evidenciado en la redacción del art. 5° que expresaba: "...La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el art. 1°".

¹⁴ Corte Sup., Fallos, 242:302 y 248:580.

¹⁵ KRAVETZ, Diego, "Aspectos jurídicos de las acciones colectivas en materia ambiental". "El control ciudadano del derecho a un medio ambiente sano en la Ciudad de Buenos Aires y su área metropolitana".

¹⁶ SABSAY, Daniel A., "Las acciones de interés público. Argentina, Chile, Colombia y Perú".

Felipe González Morales, editor, Universidad Diego Portales, Chile, p. 398, "La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa", en *Aportes*, año 5, nro. 12, 1998, p. 91.

17. Así, si el convencional hubiera pretendido extender la legitimación, no tendría sentido alguno haber diferenciado los conceptos en los párrafos aludidos. Si ésa hubiera sido la intención, todos los derechos conculcados, resulten o no colectivos, hubieran considerado legitimada a "toda persona" para la interposición de las acciones de amparo.

El panorama se ve agravado aún más por el hecho de que, pese al tiempo transcurrido desde la sanción de la nueva constitución, todavía hoy continúa vigente el texto de la ley 16.986, reglamentaria del amparo. Ello implica que cualquier intento de ampliación jurisprudencial de la legitimación activa podría colisionar no sólo con la letra del art. 43, CN, sino además con los límites que esta ley impone, los cuales, como ya vimos, son por demás restrictivos.

En cambio, quienes adherimos a una tesis más amplia, sostenemos que los términos "afectado" y "derechos de incidencia colectiva" deben ser interpretados conjuntamente, o sea, no es necesario que la afectación recaiga en una única persona de manera directa, sino que puede recaer sobre más de una persona y hasta de un modo reflejo¹⁸. Esta interpretación ha tenido una importante acogida en la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, creemos que hubiera sido mucho más efectivo haber establecido una legitimación activa claramente amplia e irrestricta, que admitiera sin cortapisas la acción popular, de la forma en que hoy se encuentra consagrada en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires.

En nuestra anterior obra mencionamos una serie de pronunciamientos judiciales¹⁹ que en los años inmediatamente posteriores a la reforma constitucional fueron marcando una tendencia en favor del reconocimiento de una amplia legitimación a los afectados para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva, la que, según la jurisprudencia surgida en el último quinquenio, parece haberse consolidado.

En un reciente caso resuelto por la justicia de Mar del Plata²⁰, en que un vecino solicitó la clausura de una "tosquera" que funcionaba sin contar con los correspondientes certificados de aptitud ambiental, el tribunal, al analizar la legitimación del peticionante, sostuvo que: "dado que el accionante es un vecino que reside en la zona, es dable considerar que su círculo vital de intereses jurídicamente protegidos puede ser lesionado o afectado, aun de manera mediata, con la actividad y omisiones de la Municipalidad, por lo cual debe tenérselo por uno de los legitimados contemplados en el art. 43 de la Constitución Nacional". Asimismo, dejó sentado el principio según el cual en casos como éstos, la valoración de

¹⁷ KRAVETZ, Diego, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸ SABSAY, Daniel A., *op. cit.*, p. 237.

¹⁹ "Schroeder, Juan v. PEN s/amparo"; "Seiller, María v. MCBA s/amparo"; "Moro y otros v. Municipalidad de Paraná s/amparo".

²⁰ "Yane, Salvador v. Municipalidad de Gral. Alvarado s/amparo". Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n. 4 de Mar del Plata, 2004.

la calidad de legitimado no puede ser encuadrada dentro de las construcciones clásicas del proceso y que fueran elaboradas para otro tipo de realidad”.

En el caso “I. M. v. Impsa y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”²¹, el Superior Tribunal de Jujuy reconoció la legitimación activa de una vecina de San Salvador de Jujuy que interpuso una acción de amparo, solicitando a la Municipalidad que disponga el traslado de una planta de disposición final de residuos, invocando para ello la defensa de los derechos a la salud, la calidad de vida y el medio ambiente. El tribunal resolvió la cuestión formulándose la siguiente pregunta: “¿cabe privar del acceso a la justicia, al sujeto individual que invocando su condición de ciudadano, denuncia la contaminación del medio en el que vive, y por el contrario reconocerles legitimación a los grupos organizados en asociaciones colectivas?”.

En otro fallo, por contaminación de un curso de agua, el tribunal interviniente, al tratar la legitimación de los accionantes, determinó que “los actores, residentes de un barrio contiguo a un canal colector de desagües, independientemente de la regularidad de los títulos bajo los cuales habiten en el lugar, son titulares de la acción de amparo, por cuanto para ser titular del derecho al medio ambiente sano y equilibrado que consagra la Constitución Nacional, no se requiere que quien se vea afectado en su lugar de residencia necesite ser además titular en algún grado, directo o indirecto, de derechos de dominio sobre los inmuebles polucionados, toda vez que el derecho protegido recae sobre la persona en su calidad de afectado”²².

Confirmando lo expuesto, Quiroga Lavié sostiene que “lo que debe justificar el titular del derecho público subjetivo afectado no es la materialidad de su derecho, sino a qué título se presenta para poder poner en movimiento el aparato del poder público judicial. Cuando se le exige al titular de la acción procesal tener un derecho subjetivo afectado, por la violación del derecho objetivo, el mismo no debe probar la materialidad de su derecho, sino sólo que formalmente pertenecer a la categoría de aquellos sujetos que la ley ha tenido en cuenta al regular sus efectos”²³.

Asimismo, Mosset Iturraspe afirma que en el titular de un interés difuso debemos ver al titular de un derecho subjetivo, que únicamente tiene de difuso lo relativo a su titularidad extendida, por lo que el afectado no necesita justificar un “derecho subyacente”, ni una afectación de carácter personal para hacer operativo su derecho, simplemente porque el reconocimiento de una prerrogativa de goce y la consagración de un poder de acción para su defensa no pueden atribuirse a

²¹ “I. M. v. Impsa y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, STJ Jujuy, 1995.

²² “Figueroa, Eusebio y otros s/amparo”, Cámara Laboral, de Apelaciones y en lo Contencioso Administrativo, sala Civil y Contencioso Administrativa, de la IVª Circunscripción Judicial. 8/7/2004.

²³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 35.

persona determinada en forma "diferencial", propia, exclusiva y excluyente. Se trata, en definitiva, de una titularidad y legitimación que le compete a "todos los habitantes" y no solamente a los "afectados".

No obstante lo expuesto, debemos tener en cuenta que la Corte Suprema en autos "C. Comercio, Industria y Producción de Resistencia v. AFIP s/amparo"²⁴ dejó claramente delimitado el alcance de la mentada legitimación, al sostener que "admitirla en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial, y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Tal supuesto, al decir de la Corte Suprema, equivaldría admitir las acciones populares, cuestión que no está prevista en nuestro ordenamiento federal".

2) *El Defensor del Pueblo*

El nuevo art. 86, CN, en su versión reformada de 1994, creó la figura del Defensor del Pueblo como un órgano independiente en el ámbito del Congreso de la Nación, cuya misión es la defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Asimismo, cuenta con legitimación procesal para actuar frente a cualquier forma de discriminación y ante la violación de los derechos a un ambiente sano, a la competencia, al usuario y al consumidor, y en general a los derechos de incidencia colectiva.

En este sentido, la jurisprudencia ha ido delimitando a través de sucesivos pronunciamientos el alcance de la competencia del *ombudsman*.

Un primer fallo de la Cámara Nacional Civil dispuso que "...cuando se trata de la protección de intereses difusos o colectivos, no caben mayores dudas de que el *ombudsman* puede promover las acciones judiciales tendientes a resguardarlos. En cambio, cuando el acto de la autoridad pública afecta en forma particularizada a un sujeto determinado o a un grupo de personas también determinadas, pero sin interesar a la comunidad en su conjunto, no corresponde que el Defensor del Pueblo ejerza esta suerte de mandato en representación del individuo damnificado, ya que dicho funcionario no está llamado a ejercitar los remedios o acciones dejados de utilizar por la persona cuyo derecho habría sido vulnerado, sino a intervenir en aquellos casos en que se afecten derechos subjetivos públicos o intereses generales..."²⁵. Igual criterio sostuvo nuestro máximo tribunal en el caso "Frías Molina", en donde se objetó la posibilidad de que el De-

²⁴ Corte Sup., CI: 592.

²⁵ "Ombudsman de la Ciudad v. MCBA", C. Nac. Civ., sala B, 4/5/1995.

fensor del Pueblo incurriere en actuaciones judiciales, cuando las mismas no sean tipificables como de incidencia colectiva..."²⁶.

Dicha tendencia también se manifestó en otras actuaciones en donde la Corte Suprema dispuso que la legitimación procesal del *ombudsman* debiera valorarse en cada oportunidad en que sea requerida y que la misma no será procedente, "cuando se procure la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes"²⁷.

En el caso "Mondino"²⁸, en donde el Defensor solicitó la suspensión de los remates judiciales por la emergencia económica, la Corte Suprema sostiene el criterio sobre la falta de legitimación del Defensor "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes", "máxime cuando se requiere que la Corte intervenga directamente y dicte una resolución de alcance general apartándose de las reglas establecidas por los arts. 116 y 177 de la Constitución Nacional" por existir controversias pendientes sobre la materia.

3) *Las asociaciones registradas*

Las asociaciones, el tercer sujeto al que el segundo párr. del art. 43, CN, confiere habilitación para actuar en defensa de los intereses difusos, poseen un amplio y progresivo reconocimiento para accionar en defensa y representación de intereses colectivos.

En este sentido y aun cuando no se ha sancionado la norma reglamentaria prevista constitucionalmente, tendiente a reglar la legitimación de las citadas asociaciones, se han sucedido una serie de fallos en donde los tribunales han reconocido la legitimación a este tipo de asociaciones.

En esa dirección se inscribe el fallo "Aguerra v. Pcia. de Buenos Aires s/acción declarativa", en que la Corte Suprema sostuvo que las asociaciones que propendan a proteger derechos de incidencia colectiva, registradas conforme a la ley, no sólo se encuentran habilitadas para interponer acciones de amparo, sino que dicha facultad debe extenderse además a otras que revisten analogía con la misma, lo cual incluye las acciones de inconstitucionalidad²⁹.

²⁶ Autos caratulados "Frías Molina, Nélica Nieves v. INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad".

²⁷ Ver autos: "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dec. 885/1998 s/amparo ley 16.986" (D. 628, 21/8/2003) y "Mondino, Eduardo René (Defensor del Pueblo de la Nación) s/solicita urgente suspensión de plazos" (M. 1749, 23/9/2003).

²⁸ "Mondino, Eduardo René (Defensor del Pueblo de la Nación) s/solicita urgente suspensión de plazos" (M. 1749, 23/9/2003).

²⁹ En estos autos la actora pretende la declaración de inconstitucionalidad de dos normas cuya aplicación provocarían gravámenes a los usuarios industriales de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires.

Similar criterio mantuvo en "Asociación Benghalensis"³⁰, en el que un grupo de organizaciones promovió acción de amparo destinada a que el Estado nacional cumpla con los deberes de asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de sida, a través del suministro de medicamentos, de conformidad a lo establecido por la ley 23.798. El máximo tribunal sostuvo en esa instancia que las asociaciones se encontraban habilitadas para accionar frente a omisiones del Estado, toda vez que fundan su legitimación "no sólo en el interés difuso que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud"³¹. El citado criterio también fue sostenido en otros fallos en diferentes instancias, en los que se habilitó la legitimación para el ejercicio de los restantes derechos de incidencia colectiva, llegando incluso a reconocerse tal legitimación a simples asociaciones, que se encontraban inscriptas en dependencias del Estado, mas no en la Inspección de Personas Jurídicas.

Por último, nos parece importante referirnos a una sentencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Aires de Buenos Aires que le ordenó a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el tratamiento de alguno de los proyectos de ley que versan sobre la organización de las comunas de la ciudad. Asimismo, estableció que para el caso en que el Poder Legislativo local no cumpliera con la orden dictada, el Poder Ejecutivo de la Ciudad debía convocar a elecciones de las autoridades comunales juntamente con el resto de las autoridades locales, dividiendo a estos fines a la ciudad en los dieciséis Centros de Gestión y Participación (CGP), existentes en la actualidad.

Las comunas son instituciones destinadas a descentralizar política y administrativamente la gestión de gobierno, a las cuales la Constitución de la ciudad les dedica el título sexto de su parte orgánica. A través de este instituto el constituyente porteño ha creado una suerte de "municipio barrial", el que tiene por principal misión la fiscalización y el control del cumplimiento de las normas sobre usos de los espacios públicos y el suelo, la evaluación de demandas y necesidades sociales, la decisión y ejecución de obras públicas, proyectos y planes de impacto local, como así también la implementación de métodos de resolución de conflictos vecinales mediante la mediación.

El sistema de comunas prevé un esquema institucional en el que se destacan una serie de herramientas destinadas a reconocerles una participación directa a los vecinos en el proceso de toma de decisiones relativas al campo de competencias comunales. Entre ellas se cuentan las audiencias públicas, la iniciativa legislativa, el referéndum, la consulta popular. Es decir, un conjunto de mecanis-

³⁰ "Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud (Estado Nacional) s/amparo" (Corte Sup., 1/6/2000).

³¹ Citado por Néstor Cafferata en "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo". "Ley General del Ambiente 25.675": compendio de reformas sustantivas y formales.

mos interrelacionados que dan contenido a la idea de democracia participativa, bajo la cual se encuentran organizadas las instituciones de la ciudad y en donde el ciudadano es el verdadero sujeto de decisiones y derechos. El programa constitucional porteño ha previsto de este modo una innovadora estructura de gobierno que articula el poder, de modo de asegurar una clara relación entre la descentralización y la participación. Es decir, un esquema dentro del cual deben regir los principios de inmediatez y subsidiariedad.

La Constitución porteña estableció, en la cláusula transitoria 17, que la primera elección de autoridades comunales se realizará entre el cuarto y quinto año de sancionada la misma. Si tenemos en cuenta que la fecha de sanción fue el 1° de octubre de 1996, esta elección debió realizarse entre el 1° de octubre de 2000 y el 1° de octubre de 2001. Asimismo, en tal plazo la Legislatura debía sancionar una ley a los fines de establecer, entre otras cosas, cuántas comunas debería tener la ciudad.

Ninguna de las previsiones constitucionales referidas fueron cumplidas, privando de esta forma a los porteños de tener sus propios representantes barriales, de poder elegir y ser elegidos y, sobre todo, de participar en los asuntos públicos atinentes a su barrio. En este sentido, el sólido fallo del juez Cataldo considera que "...Se produce así una suerte de esquizofrenia jurídica, en que se sancionan leyes reconociendo derechos y otorgando facultades y responsabilidades a los ciudadanos de las comunas, pero a la vez no se organizan las comunas, con lo que estas leyes caen en la nada".

El fallo importa la aplicación a un caso concreto del postulado de inconstitucionalidad por omisión. Al respecto, el magistrado interviniente se extiende en el desarrollo de la teoría. Sobre este particular sostiene que "se trata de una alegada inconstitucionalidad por omisión legislativa. Vale citar sobre el punto al maestro Germán J. Bidart Campos (Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales, en *Inconstitucionalidad por omisión*, coord. Bazán, Víctor, Temis, Bogotá, Colombia, 1997, ps. 1/6): 'Es primordial que todo avance en el control constitucional de las omisiones se complete con un aspecto que, para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, resulta imprescindible. Es el aspecto de la legitimación procesal, o sea, quién tiene a su alcance la «llave» para acceder a la justicia y provocar un proceso en el que se pueda articular la cuestión de la omisión inconstitucional'".

En suma, el sentenciante combina la temática de la legitimación procesal con la magnitud del incumplimiento que lleva a reconocer la calidad de elector del actor, el que de no conseguir acceso a la jurisdicción, se vería privado del ejercicio de sus derechos políticos.

Por último, es interesante observar que en la especie la alianza entre un vecino de la ciudad, Javier García Elorrio, quien acudió a la justicia patrocinado por el Dr. Diego Kravetz, abogado del Programa de Control Ciudadano de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), es la que produce una evo-

lución favorable en una cuestión tan importante para la ciudadanía porteña. En definitiva, se trata de un esfuerzo conjunto que se articula entre afectados y ONGs en defensa del interés público, el cual redundará en un resultado favorable para la comunidad en su conjunto.

Debemos señalar con tristeza que la sentencia no fue cumplida por el poder político, pero habla a las claras de la importancia de los mecanismos participativos, inclusive cuando de lo que se trata es de controlar la calidad institucional encaminada a asegurar la que hemos dado en llamar gobernabilidad para la sustentabilidad.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y MEDIO AMBIENTE

ANEXO

DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN

Primera instancia: Participación en la planificación y en la toma de decisiones.

A) PARTICIPACIÓN INDIVIDUAL

- 1) *Presupuesto participativo: Art. 52. La ley debe fijar los procedimientos de consulta.*
- 2) *Audiencias Públicas: Art. 63. No vinculante. Convocan el Poder Ejecutivo, la Legislatura y la comuna.*
- 4) *Referéndum o consulta popular vinculante: Art. 65. Convocan el Poder Ejecutivo y la Legislatura.*
- 5) *Derecho de iniciativa (iniciativa popular): Art. 64. No vinculante, pero la Legislatura debe tratarlos dentro de los doce meses de presentados. Autoconvocado.*
- 6) *Doble lectura: Arts. 89 y 90. No vinculante. Convoca la Legislatura. Es obligatorio antes de la sanción de algunas leyes.*

DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN

Primera instancia: Participación en la planificación y en la toma de decisiones.

B) PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE ONGs

- 1) *Consejo de Planeamiento Estratégico: Art. 19. Carácter consultivo, con iniciativa legislativa.*
- 2) *Consejo General de Salud: Art. 21, inc. 9°. Carácter consultivo no vinculante y honorario.*
- 3) *Consejo de Seguridad y Prevención del Delito: Art. 35. Carácter consultivo y honorario.*
- 4) *Consejo Económico y Social: Art. 45. Reglamentado por la ley. Iniciativa parlamentaria.*

Segunda instancia: Participación en la gestión

* Registro de ONGs: Art. 104, inc. 29. Planificación y gestión de políticas públicas.

DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN

Tercera instancia: Participación en el control.

A) PARTICIPACIÓN INDIVIDUAL

- 1) *Derecho a la información sobre impacto ambiental: Art. 26.*
- 2) *Revocatoria de mandatos: Art. 67. Vinculante. Autoconvocada.*
- 3) *Acceso a la información patrimonial: Arts. 132/133/135.*

B) PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE ONGs

Ente Único Regulador de Servicios Públicos: Arts. 139/146.

PRESUPUESTO PARTICIPATIVO

Es un procedimiento que permite participar a la ciudadanía, opinando sobre la aplicación de los fondos públicos, controlando las rendiciones, asegurando que sus prioridades serán tenidas en cuenta.

AUDIENCIA PÚBLICA

- Régimen jurídico de las audiencias públicas (consultivas, no vinculantes).
- Necesidad de fundamentar la desestimación de las opiniones vertidas.
- Obligatorias de la Ciudad de Buenos Aires. Arts. 63 y 89.

CONSULTA POPULAR

- Const. Ciudad de Bs. As., art. 65, y ley 89.
- La Legislatura somete a la decisión del electorado la sanción, reforma o derogación de una ley de la ciudad.
- Voto obligatorio y el resultado vinculante.
- Materias excluidas, reforma de la Constitución, tratados internacionales, tributos, presupuesto, las que requieran mayorías especiales.
- La Legislatura, el jefe de Gobierno y las Juntas Comunales pueden convocar a consulta popular no vinculante dentro de sus competencias.
- Voto no es obligatorio y el resultado no es vinculante.

INICIATIVA POPULAR

- Const. Ciudad de Bs. As., art 64, y ley 50.
- Es el derecho de los electores de la CABA para presentar proyectos de ley ante la Legislatura.
- Requisitos:
- Texto en forma de ley.
- Nómina de promotores.
- El 1,5% de firmas cuya antigüedad no supere los 12 meses.
- Más de 4.000 firmas, el proyecto debe ser promocionado.
- Con estado parlamentario, debe ser aprobado o rechazado en 12 meses.
- Más de 12 meses, y con el 15% de firmas el jefe de Gobierno debe convocar a referéndum.
- Materias excluidas, reforma de la Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto.

ACCESO A LA INFORMACIÓN

- En la ciudad de Buenos Aires.
- Ley de acceso a la información nro. 104.
- Alcanza sólo a la información pública.
- Ley de Información Ambiental 303.
- Alcanza también a la información privada de naturaleza ambiental.
- En la provincia de Buenos Aires.
- Ley 12.475.

EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Art. 14.- "Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

"Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.

"El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.

"El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionar está exento de costas.

"Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva."

ACCESO A LA INFORMACIÓN

- En la ciudad de Buenos Aires.
- Ley de acceso a la información nro. 104.
- Alcanza sólo a la información pública.
- Ley de Información Ambiental 303.
- Alcanza también a la información privada de naturaleza ambiental.
- En la provincia de Buenos Aires.
- Ley 12.475.

EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Art. 14.- "Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

"Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.

"El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.

"El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionar está exento de costas.

"Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva."

DEFENSOR DEL PUEBLO

Art. 137, ley 3.

El Defensor del Pueblo de la CABA es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera.

Ejerce las funciones establecidas por la ley sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

LÍNEAS DIRECTRICES OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES: UNA INSTANCIA POCO EXPLORADA ¹

por MARÍA FABIANA OLIVER ²

I. INTRODUCCIÓN

“En los últimos cincuenta años, los seres humanos han transformado los ecosistemas más rápida y extensamente que en ningún otro período de tiempo comparable en la historia humana, en gran parte para resolver rápidamente las demandas crecientes de alimento, agua dulce, madera, fibra y combustible. Esta transformación del planeta ha aportado considerables beneficios netos para el bienestar humano y el desarrollo económico. Pero no todas las regiones ni todos los grupos de personas se han beneficiado de este proceso —de hecho, a muchos les ha perjudicado—” ³.

Ésta es alguna de las conclusiones reveladas en el extenso informe “Evaluación de los Ecosistemas del Milenio” que a fines de marzo de este año presentara la Organización de Naciones Unidas. Este estudio multidisciplinario, desarrollado durante más de cuatro años por más de 1.300 expertos de todo el mundo, representa el mayor nivel de consenso científico logrado en esta materia ⁴.

Sin duda, los resultados de esta destacada labor científica confirman la necesidad imperiosa de profundizar las acciones que, iniciadas a mediados del siglo pasado, promovieron un nuevo paradigma de desarrollo. Una visión emplazada

¹ Este trabajo actualiza y profundiza el documento “Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales: Información Básica”, OLIVER, María Fabiana, FARN-SES, noviembre 2004. Disponible en sitio web <http://www.farn.org.ar/docs/p40/index.html>. Ese documento ha sido uno de los resultados concretados en el marco de una iniciativa promovida por dos organizaciones no gubernamentales: FARN y Fundación SES, miembro de la Red Puentes, en aras de difundir y sensibilizar sobre las Directrices OCDE para EMNs a partir de un trabajo en conjunto con el Punto Nacional de Contacto y que ha sido financiada por la Red Puentes. Para más información sobre la iniciativa ver <http://www.farn.org.ar/comercio/rse.html>.

² Abogada, master en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco y la Sociedad de Estudios Vascos (San Sebastián, España), directora de Área de Comercio & Desarrollo Sustentable, FARN.

³ “Evaluación de los ecosistemas del milenio. Informe de síntesis”, junio 2005, director de la Evaluación del Milenio, Walter Reid, p. 4.

⁴ Para mayor información consultar www.maweb.org.

en la concepción de un desarrollo que debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras ⁵.

Este escenario de desarrollo sustentable —paradigma un tanto embrionario aun en países en vías de desarrollo como el nuestro— exige a la sociedad en su conjunto el desafío de su adopción y promoción. Empero, algunos actores más que otros se posicionan como piezas clave para forjar este rumbo hacia la sustentabilidad del desarrollo. El sector privado en general y las empresas multinacionales en particular, por ejemplo, se constituyen en una de estas piezas clave que deberán imprimir un patrón sustentable en el desempeño de ese rol indiscutible que representan tanto en términos de flujos de inversión como de comercio.

Estas empresas multinacionales, establecidas en más de un país y vinculadas en sus operaciones, en los últimos tiempos han evolucionado en sus estructuras y en sus dimensiones, complejizándose consecuentemente las relaciones en el campo de las inversiones extranjeras directas, como así también en el de la integración mundial de producción. Esta metamorfosis que presentan las multinacionales —con una significativa diversificación de sus actividades comerciales y en un contexto de mercados abiertos y globalizados— exige reglas eficaces y eficientes que permitan prevenir y, en tal caso, mitigar su progresivo y creciente impacto en aspectos sensibles como lo son el uso de los recursos naturales y la protección del ambiente, la generación del empleo, la capacitación del capital humano, la transferencia y desarrollo de tecnología y conocimiento, entre otros.

He aquí planteado uno de los desafíos; ¿cómo reglar el comportamiento de las empresas multinacionales (EMNs) de modo de que se asegure su crecimiento económico, con equidad social y protección del ambiente? Diversas respuestas pueden ensayarse a este interrogante. Mas una tendencia generalizada apunta hacia una necesaria definición de marcos regulatorios de efectiva aplicación y cumplimiento. Ahora bien, como complementando este enfoque de esquemas normativos obligatorios, desde diferentes sectores son promovidas iniciativas voluntarias que aspiran a proveer un andamiaje accesorio de estándares mínimos que deben adoptarse en pos de una conducta empresarial responsable. Las Líneas Directrices OCDE ⁶ para EMNs son recomendaciones a las empresas de parte de los gobiernos que, por ejemplo, se inscriben en este sentido.

Recorramos la situación en nuestro país. En la Argentina la presencia de empresas multinacionales es sin dudas significativa. Nuestros marcos jurídicos institucionales tienden a ser calificados como complejos ⁷ y con fuertes dificult-

⁵ Principio de solidaridad intergeneracional e intrageneracional. Principio 3. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio 1992.

⁶ Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

⁷ En el marco del proyecto de elaboración del Digesto Jurídico Argentino, el primer informe elaborado por un equipo técnico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, reveló "que apenas el 15% de las leyes en vigor rige efectivamente en Argentina. De un

tades para su aplicación y cumplimiento⁸. El gobierno argentino es uno de los nueve países no miembros de la OCDE que ha adherido a las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. Estas recomendaciones y la instancia de procedimiento prevista en las Directrices no han sido suficientemente difundidas.

Bosquejadas estas primeras ideas a modo introductorio queda planteado el marco de lo que será objetivo de este ensayo. El propósito será ahondar lo que desde el título se ha insinuado, esto es, la existencia de guías directrices que incluyen una instancia de consulta y de resolución y que, orientadas hacia la promoción de un comportamiento responsable de las empresas multinacionales, han sido poco exploradas en nuestro país. Se trata, pues, de un trabajo en el que inicialmente se esbozará información básica relativa a las Directrices OCDE para EMNs; luego se la valorará simplificada; y a la luz de ese apretado análisis se despuntarán algunas reflexiones finales que motiven al lector a explorar sobre la utilidad de esta herramienta en el marco de una estrategia más amplia que pretenda alentar un desempeño corporativo sustentable.

II. INFORMACIÓN BÁSICA SOBRE LAS DIRECTRICES OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES⁹

1. Antecedentes

La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) es definida como un foro intergubernamental que constituye un ámbito para que los países miembros puedan buscar respuestas a problemas que les son comunes, compartir experiencias, coordinar políticas domésticas e internacionales y perfilar acuerdos en base a estos debates. Su misión básicamente es la de construir economías fuertes en sus países miembros, y contribuir al desarrollo en los países industrializados y en los países en vías de desarrollo.

1.1. *Cómo se gestaron las Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales*

Las Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales no constituyen un conjunto aislado de recomendaciones de los gobiernos a las empresas en aras de promover una conducta corporativa responsable. Estas Directrices se

universo de 26.000 normas sancionadas sólo 4.000 logran aplicarse ya que el cúmulo de derogaciones tácitas, leyes vencidas y superposiciones legislativas se encargaron de contaminar todo el orden jurídico" (diario *La Nación*, 12/6/2005, p. 1).

⁸ DI PAOLA, María Eugenia, "Hacia la construcción de un programa de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina", 1ª Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, FARN, mayo 2002.

⁹ El texto completo de las Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales puede ser consultado en la sección Documentos de esta publicación.

suman a otros instrumentos acordados en el seno de la OCDE con la finalidad de crear un ambiente favorable para la inversión extranjera como catalizador para un crecimiento y desarrollo sustentable, como así también para la reducción de la pobreza.

Así pues, en el año 1976 los países miembros de la OCDE, desde el Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales (CIME), acordaron la *Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales* como expresión de un compromiso político amplio con miras fundamentalmente a impulsar la cooperación internacional para alentar la transparencia y la no discriminación en las políticas de inversión extranjera y otras prácticas gubernamentales. En este sentido, cuatro instrumentos fueron adoptados bajo esta Declaración. Por un lado, los gobiernos de los países miembros se comprometieron a un tratamiento no discriminatorio a las empresas multinacionales que operen en sus territorios, a minimizar la imposición de requisitos complejos y a transparentar las medidas que incentiven o desincentiven la inversión internacional. Por el otro lado, a promover una conducta empresarial responsable, con una vocación de fortalecer la base de confianza entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, y de contribuir a un mejor clima para la inversión.

En este contexto se labraron las Directrices, las que fueron sucesivamente revisadas ¹⁰ y actualmente se constituyen en un instrumento que los gobiernos, ya sean de los países miembros de la OCDE como también de aquellos países que han adherido a las mismas, se han comprometido a promover y a recomendar entre las empresas.

2.2. *Cómo adhirió Argentina a las Líneas Directrices OCDE para EMNs*

Durante la década del noventa existía una clara tendencia a procurar que la Argentina obtenga un mayor grado de credibilidad internacional e intentar una suerte de alineación con los países desarrollados. Una de las acciones en este sentido ha sido la estrategia de acercamiento gradual a la OCDE con miras a participar en los debates de temas de interés nacional y global; conocer los enfoques de los principales actores mundiales sobre esos temas; acceder a información, estudios y análisis de alta calidad; e integrarse como miembro pleno en un futuro. La primera etapa se caracterizó por contactos a alto nivel y participación en seminarios y en grupos de trabajo. El siguiente paso fue solicitar el ingreso de Argentina como observador a diversos comités y grupos de trabajo de especial

¹⁰ Las Directrices se han revisado en 1979, 1982, 1984, 1991 y 2000. Se destaca como un resultado sustantivo de la revisión de 1991 la inclusión del capítulo sobre protección del medio ambiente. En tanto, de la última revisión en el año 2000, se destacan, entre otros, los siguientes avances: la modificación del procedimiento de puesta en práctica, la aplicación a las EMNs y a todas sus entidades, dondequiera que operen (incluyendo en países que no hayan suscripto las Directrices), y la extensión a toda la cadena de suministro, esto es que las EMNs alienten a sus socios comerciales para que sus negocios sean compatibles con las Directrices.

interés para el país. En el año 1996 la Argentina es invitada a participar como miembro observador del Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales de la OCDE y a adherir a la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales, como también a las Decisiones y Recomendaciones conexas. De este modo, la Argentina se sumó a la lista de países no miembros de la OCDE ¹¹ que han adherido a esta Declaración, comprometiéndose consecuentemente a promover la diversidad de principios y recomendaciones que fueron diseñados para construir una atmósfera de confianza y de predictibilidad entre las empresas, los gobiernos, las organizaciones sindicales y las de la sociedad civil.

2. Algunos elementos que definen las Directrices OCDE para EMNs

En un intento de aproximarnos al universo que comprende a estas Líneas Directrices, a continuación destacamos cuatro elementos que enmarcan una noción muy básica, en términos de su formulación o su implementación, y que consideramos sustantivos para los objetivos de este documento.

- Son recomendaciones que los gobiernos de los países miembros de OCDE y aquellos que han adherido dirigen a las empresas multinacionales.
- Enuncian principios y normas voluntarias que refieren a buenas prácticas corporativas, comprendiendo un amplio rango de temáticas, tales como acceso a la información, empleo, medio ambiente, derechos humanos, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, fiscalidad, lucha contra la corrupción.
- Sus objetivos básicamente son: (i) garantizar que las actividades de las empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas; (ii) fortalecer las bases de la confianza mutua entre las empresas y las sociedades; (iii) contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera; (iv) potenciar la contribución de las EMNs al desarrollo sostenible.
- Su alcance se extiende no sólo a las EMNs, sino además a todas sus entidades dondequiera que operen (incluyendo en países que no hayan suscripto las Directrices) y promoviendo su aplicabilidad a toda la cadena de suministro.

III. ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DIRECTRICES

1. ¿Quiénes promueven la implementación de las Directrices?

El Punto Nacional de Contacto (PNC), el Comité de Inversión Internacional y Empresas Multinacionales (CIME), el Comité Consultivo Sindical (TUAC,

¹¹ Los países no miembros de la OCDE que han adherido a las Directrices hasta a la fecha han sido, a saber: Argentina, Brasil, Chile, Eslovenia, Estonia, Israel, Latvia, Lituania y Rumania.

según sus siglas en inglés) y el Comité Consultivo Empresarial e Industrial (BIAC, según sus siglas en inglés) son los principales referentes responsables de promover esencialmente la implementación de las Directrices. En cuanto a las organizaciones no gubernamentales, si bien han sido consultadas periódicamente en materia de Directrices OCDE, aun no cuentan con un comité consultivo oficial como BIAC o TUAC.

2. ¿Cómo son definidas las EMNs en el texto de las Directrices?

Lamentablemente, en el texto de las Directrices no se plasma una definición precisa de lo que representa una empresa multinacional. Su conceptualización amplia, en general, hace referencia a aquellas compañías con operaciones en más de un país, se trate de la casa matriz o de una subsidiaria, y que puede involucrar diferentes modalidades organizacionales, esto es, propiedad privada, estatal o mixta. Otro elemento a considerar al momento de ponderar la aplicabilidad de las Directrices es que no está condicionada a que la EMN sea un accionista mayorista, por ejemplo en el caso de que se tratara de un consorcio o un *joint venture*.

3. ¿Pueden aplicarse las Directrices a todas las EMNs sin importar donde operen?

Sí. Las Directrices resultan aplicables a las empresas multinacionales que estén operando en alguno de los Estados miembros de la OCDE, en alguno de los países que han adherido a las Directrices, o en un país no miembro ni adherente. La revisión que tuvo lugar en el año 2000 recomendó la observancia de las Directrices por las empresas donde fuera que ellas operaran, respondiendo a la idea que las EMNs actualmente desarrollan actividades en todo el mundo. Evidentemente la efectiva implementación en aquellos países no miembros de OCDE o que no han adherido resultará mucho más dificultosa. No obstante ello, se alienta la posibilidad de ampliar las posibilidades de promover una conducta empresarial responsable, y en este sentido, acordar que los gobiernos que suscriban las Directrices deban contribuir a que las EMNs que operan en sus territorios cumplan con las mismas dondequiera tengan actividades.

4. ¿Las Directrices son aplicables a la cadena de proveedores?

Sí. Definitivamente extender la aplicabilidad de las Directrices a la cadena de proveedores ha sido un logro de la última revisión, aunque su recepción no ha sido pacífica. La idea de que las EMNs alienten a las compañías que conforman su cadena de proveedores a que sigan las Directrices OCDE ha despertado posturas que cuestionaron esta recomendación. Uno de los ejes de discusión gravitó en que la aplicabilidad de las Directrices no debía ampliarse a cuestiones relativas al comercio, pues era claro que la inversión extranjera era el tema excluyente de las Directrices. En tanto, otro aspecto del debate se centró básicamente en

la necesidad de precisar el alcance y las expectativas que se tenían de las EMNs en cuanto a su rol de alentar en sus proveedores que adopten las Directrices. Las dificultades que suscitaron estas posiciones encontradas motivó al CIME a labrar una recomendación, invitando a que se utilice un enfoque "caso por caso" para la aplicabilidad de las Directrices en el supuesto de cadena de proveedores.

5. ¿Cuáles son los pasos para presentar un caso?

Cuando se considera que hay incumplimiento de las Directrices o surgiera algún cuestionamiento en relación a la aplicación de las Directrices, cualquier parte interesada puede plantear un caso ante el PNC, quien deberá colaborar en su resolución. Los pasos que deberá seguir el PNC básicamente son: (i) realizar una evaluación inicial para determinar si las cuestiones presentadas merecen un mayor estudio; (ii) ofrecer sus buenos oficios para ayudar a las partes involucradas a resolver el planteo; (iii) concluido el proceso, hacer una declaración pública que podrá además incluir recomendaciones sobre las acciones que deberá implementar la EMN para remediar los incumplimientos planteados. Para la tramitación de los casos no existen formalidades ni plazos expresamente previstos en la guía de procedimiento.

6. ¿Qué información existe sobre los casos presentados?

Desafortunadamente no se ha creado todavía un registro de público acceso que consigne la totalidad de casos presentados ante los PNCs de manera de poder generar una información crítica y así ponderar ciertos interrogantes básicos, tales como frecuencia de utilización de este mecanismo, en qué países, las materias involucradas en los incumplimientos alegados, los resultados obtenidos, cuáles son los PNC más activos, entre otros. La información está dispersa y hasta el momento sólo desde las ONG's o desde los sindicatos se ha intentado sistematizar parte de la información disponible ¹². Esta coyuntura francamente limita todo intento de valorar globalmente la utilidad e incidencia de las Directrices como herramienta para promover una conducta responsable de las empresas multinacionales.

7. Consideraciones sobre la implementación de las Directrices OCDE en la Argentina

La adhesión de nuestro país a las Directrices OCDE para EMNs aparejó la necesidad de crear un Punto Nacional de Contacto, el que fue establecido en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. En nuestro

¹² Información sobre casos planteados por organizaciones no gubernamentales, inventario elaborado por SOMO para OCDEWatch y actualizado a marzo del 2004. Ver en *op. cit.* en nota 3, Anexo I, p. 25.

país, el modo como ha sido organizado el PNC no involucra en su composición otras áreas de gobierno, ni contempla el relacionamiento institucionalizado con representantes de la comunidad de negocios, de los sindicatos y de las organizaciones no gubernamentales. No obstante ello, en informes elevados al Comité de Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, el PNC argentino ha informado consultas a algunas otras agencias gubernamentales, especialmente al Ministerio de Trabajo dada su relevante experiencia.

Las actividades reseñadas en los informes elaborados por el PNC argentino respecto a la promoción de las Directrices básicamente se relacionan con: (i) la completa cooperación para informar o dar respuestas a consultas elevadas desde diferentes sectores, aunque en la práctica se declara que no han sido numerosas las consultas que fueran planteadas; (ii) la creación de un sitio web, que es dable señalar que sólo consistió en crear el vínculo con el sitio oficial web de la OCDE; (iii) la participación en seminarios y conferencias, entre otras.

En materia de presentación de casos, la experiencia argentina es muy incipiente, pues hasta fines del año pasado no se contaba con presentación alguna ante el PNC de Argentina. El primer caso data de diciembre 2004 y fue presentado por la Asociación Bancaria —miembro del Comité de Enlace de UNI (Union Network International) en la Argentina—. El caso se refiere a la Banca Nazionale del Lavoro (BNL) —filial del Grupo BNL italiano— y tiene carácter de predenuncia, esto significa que se ha solicitado al PNC que colabore en una gestión para entablar un diálogo con las autoridades de la BNL. En este sentido, el Punto Nacional de Contacto argentino ha respondido a esta queja iniciando una ronda de consultas con el Ministerio de Trabajo, procedimiento que todavía se prolonga.

Estos elementos sucintamente planteados ratifican aquello que era augurado desde el título de este trabajo, un experiencia argentina muy germinal, construida en base a un ejercicio principiante de diferentes actores (sector privado, las áreas gubernamentales, las organizaciones de derechos humanos y sociales, de trabajadores, ambientalistas, de consumidores, entre otros), quienes progresivamente han comenzado a considerar y valorar las diferentes herramientas e instancias que ofrecen estas Directrices para motivar un comportamiento corporativo más responsable.

IV. ¿POR QUÉ UNA INSTANCIA INTERESANTE DE EXPLORAR?

En los primeros párrafos introductorios se planteó el desafío que importa reglar las actividades de las empresas multinacionales dada su compleja naturaleza, estructura y dimensiones. En ese sentido, también se presentaba la idea de propiciar estrategias múltiples y complementarias en aras de impulsar una conducta corporativa sustentable que bregue por un crecimiento económico con equidad social y en un marco de protección del ambiente. Esta tendencia promueve en materia de regulación y gestión, de manera progresivamente creciente y sostenida, la necesidad de avanzar hacia esquemas más integrales. Esto signi-

fica utilizar un enfoque que amalgame bajo objetivos comunes la implementación de diversas estrategias complementarias: instrumentos de regulación directa (normativa), instrumentos económicos (incentivos, tasas), acuerdos directos (para efectuar mejoras de desempeño ambiental), herramientas de autorregulación (ISO 14.000, SA 8000, programas de responsabilidad social); y en su rasgo más desafiante mecanismos formales e informales que confieran vías para canalizar nuevas fuerzas, como lo son, por ejemplo, las de los requerimientos sociales y las de los mercados globalizados.

El contraste de esta tendencia con los diferentes elementos del marco regulatorio y gestión dominantes en nuestro país, probablemente revelaría que los instrumentos de comando-control son los que priman como estrategia regulatoria. Empero, en este examen no deberían ser soslayados los convenientes esfuerzos que se vislumbran, desde diferentes sectores, con miras a impulsar el diseño e implementación de otros instrumentos que alienten un desempeño empresarial social y ambientalmente responsables, como por ejemplo a través de iniciativas voluntarias, herramientas de autorregulación, implementación de incentivos, entre otros. En este entramado de instrumentos, las Directrices OCDE para Empresas Multinacionales se inscriben en el tipo de iniciativas voluntarias que aspiran a dotar de un andamiaje accesorio que, compatible con las legislaciones locales, potencie —entre otros aspectos— la contribución de este tipo de empresas a un desarrollo más sustentable.

Ahora bien, ¿por qué pueden ser las Directrices OCDE para EMNs una instancia interesante de explorar? Ensayando un borrador de respuesta a este interrogante, podría argumentarse *a priori* que estas Directrices asoman como un potencial instrumento complementario a un estrategia más amplia de promoción de un desarrollo sostenible, y que importará desde luego la articulación con otras herramientas (v.gr., marcos normativos, acciones directas de ONGs o sindicatos, campañas de prensa, acciones judiciales, entre otros). Éste resulta un primer encuadre. A fin de abreviar más argumentos, el próximo paso será ahondar en las ventajas *versus* desventajas que presentan las Directrices, y así desplegar en blanco sobre negro un cuadro más acabado de este escenario.

Una primera ventaja que ubica a las Líneas Directrices OCDE para EMNs en una posición favorable respecto de otras iniciativas voluntarias es que se tratan de recomendaciones a las que se comprometieron promover y recomendar no sólo los gobiernos de los países que integran la OCDE (treinta países), sino además todos aquellos países no miembros que han adherido, como la Argentina (nueve países). Como contrapartida, una desventaja esgrimida es la no responsabilidad de los gobiernos de monitorear si las empresas implementan o no las recomendaciones.

Un segundo atributo de las Directrices que es reiteradamente distinguido es su amplia cobertura temática, comprendiendo una diversidad de materias (acceso a la información, empleo, medio ambiente, derechos humanos, intereses de

los consumidores, ciencia y tecnología, fiscalidad y lucha contra la corrupción). En contraposición, es cuestionado el empleo de algunos términos imprecisos, como por ejemplo "cuando sea factible" o "cuando sea apropiado", que debilitan el significado de muchos párrafos.

Otros dos elementos destacados fueron incorporados en la revisión del 2000 y se relacionan con la aplicabilidad de las Directrices. Esto es, por un lado, que la aplicabilidad no se limita a los países miembros de OCDE o a los que hayan adherido a las Directrices, sino a cualquier país en el que la EMN desarrolle sus actividades; y por el otro, que la aplicabilidad se extiende a la cadena de suministro.

Una desventaja que en general es subrayada en relación a las Directrices en particular y a este tipo de iniciativas en general es que la naturaleza voluntaria de las recomendaciones menoscaba el impacto en la conducta corporativa. En este sentido, es dable puntualizar que si bien las Líneas Directrices de la OCDE para EMNs son recomendaciones de cumplimiento voluntario, muchos de los preceptos recogidos en ellas están plasmados en la normativa nacional, por ende resultan de cumplimiento obligatorio.

La vulnerabilidad de las empresas ante la publicidad negativa que pudiera darse por la presunción de incumplimiento de las Directrices, por ejemplo, en un caso de explotación laboral o contaminación ambiental, sin lugar a dudas resulta el valor intrínseco de esta herramienta en términos sancionatorios (económicos y de imagen). En particular en estos tiempos de globalización de las comunicaciones, donde literalmente "han muerto las distancias" y lo que sucede en Oriente se conoce simultáneamente en Occidente y viceversa.

Por último, un elemento que distingue definitivamente a las Directrices de otras iniciativas voluntarias es el procedimiento previsto para plantear un caso. Esta instancia no sólo ofrece un espacio de comunicación diferente —con respaldo gubernamental— entre empresa y aquel que pretenda invocar un incumplimiento de las Directrices; sino que además, dada su naturaleza consultiva y orientada a la resolución de conflictos, el procedimiento resulta menos gravoso que un juicio. Ahora bien, este procedimiento previsto en el marco de las Directrices presenta diversas aristas que en general son señaladas como desventajosas y que requieren ser pulidas, a saber: (i) que no existen sanciones formales si se confirma que una EMN ha violado las Directrices, salvo la potencial publicidad negativa que sólo supone afectar la reputación empresarial; (ii) que existen lagunas en cuanto a cómo procede la confidencialidad de la información que se revela durante la tramitación del procedimiento y cómo juega esta limitación con el acceso a la información; (iii) que no existen plazos predeterminados para que los Puntos Nacionales de Contacto actúen en el marco del procedimiento de queja; (iv) que la resolución no es apelable; (v) que el Punto Nacional de Contacto no está obligado a monitorear que la empresa cumpla con lo acordado luego de que la queja se resuelva.

No se agotan en estos párrafos las ventajas y desventajas que los diferentes sectores identifican al momento de valorar la eficacia de un instrumento como las Líneas Directrices OCDE para EMNs. Ahora bien, a la luz de las potencialidades y limitaciones descritas es dable afirmar la viabilidad de esta herramienta como un marco idóneo más que permita promover en la visión y en el modo de gestión de las EMNs cambios hacia patrones de sustentabilidad.

Así las cosas, en relación al interrogante que nos planteáramos inicialmente en este punto, vislumbramos que las Directrices se constituyen en una instancia interesante de explorar, planteando a los diferentes actores (sector privado, sector gubernamental, los sindicatos y las ONGs) el desafío de profundizar en su conocimiento, para que de ese modo estas guías directrices y la instancia de procedimiento puedan articularse y potenciarse en una estrategia más amplia que, a partir de la integración y complementación de diferentes instrumentos, propenda a un modelo de crecimiento económico, con equidad social y en un marco de protección al ambiente.

V. REFLEXIONES FINALES

Hasta aquí hemos sondeado apretadamente el universo de las Líneas Directrices OCDE para EMNs, rescatando numerosas piezas valiosas, como así también algunos elementos que necesariamente deberán pulirse y perfeccionarse. Asimismo, hemos apuntado algunas referencias de tinte local, dado que la Argentina es uno de los nueve países no miembros de la OCDE que adhirió y se comprometió a promover su implementación. En este sentido, ahondamos en la estructura institucional del Punto Nacional de Contacto argentino, acotada a un área de gobierno exclusivamente, y que se ve restringida para encarar sus obligaciones por la limitada capacidad en materia de recursos humanos y económicos. Y confirmamos lo aventurado en el título, esto es, una experiencia incipiente en el orden interno, que muestra algunas actividades deshilvanadas y un único caso en estadio de predenuncia.

Hacia el futuro los desafíos que se imponen, tanto a escala global como local, son múltiples: (i) lograr el compromiso gubernamental para ampliar los canales formales e informales de sensibilización y difusión de las Directrices; (ii) fortalecer las estructuras de los Puntos Nacionales de Contacto, promoviendo esquemas de organización intergubernamentales e instancias institucionalizadas de participación de otros sectores de la sociedad (ONGs, sindicatos, academia); (iii) propiciar la generación y sistematización de información relativa a las Directrices y su implementación, como así también con referencia a los casos; y (iv) asegurar el libre acceso a la información y la transparencia.

Como corolario, nos interesa rescatar aquello que en el título de este trabajo implícitamente se insinuó, es decir, la necesidad de motivar a que se profundice en un instrumento que, con sus ventajas y desventajas, positivamente coadyuvará a imprimir un patrón sustentable en el desempeño de ese rol indiscu-

tible que las empresas multinacionales representan tanto en términos de flujos de inversión como de comercio.

A la luz de todas estas consideraciones esbozadas, y a modo de reflexión final, arrebatamos dos datos anticipados en las conclusiones del informe de la Evaluación del Milenio "...en los próximos cincuenta años la demanda de alimentos provenientes de cultivos aumentará entre el 70 y 85 por ciento y la demanda de agua, entre el 30 y el 85 por ciento... para fines de siglo, el cambio climático y sus impactos puede ser el generador dominante y directo de la pérdida de biodiversidad y de los cambios en los servicios de los ecosistemas a nivel mundial... calculan un aumento de la temperatura de superficie media global de entre 1,4° y 5,8° centígrados, más inundaciones y sequías, y un aumento del nivel del mar de entre 8 y 88 centímetros..."¹³.

Estos datos provocativos junto a aquellos que la realidad cotidianamente nos presenta debieran incitarnos a bregar para que los temas ambientales ocupen un lugar permanente y destacado dentro de la agenda pública —no como una mera respuesta espasmódica a problemas coyunturales—; debieran movilizarlos a jerarquizar la institucionalidad ambiental, permitiendo así ejercer la efectiva aplicación y cumplimiento de las normas; y debieran impulsarnos a que nos apoderemos de las capacidades que nos ofrecen diversos instrumentos y herramientas para forjar un rumbo hacia el desarrollo sustentable. Quizá, entre estos instrumentos y herramientas, una instancia interesante de explorar sea las Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales, ¿por qué no?

VI. BIBLIOGRAFÍA

Evaluación de los Ecosistemas del Milenio. Informe de Síntesis, junio 2005, director de la Evaluación del Milenio: Walter, Reid, www.mawew.org

FATOUROS, A., "The OECD Guidelines in a globalizing world", Budapest, 1998. Disponible en www.ois.oecd.org

FEENEY, P., "Review of National Contact Points June 2003 - June 2004". *Reporte de OCDEWATCH*, París, junio de 2004.

FIEDLER, H. - HEYDENREICH, C., "¿Globalización responsable? Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales", Berlín, 2002. Disponible en www.germanwatch.org

Friends of the Earth Netherlands, V Campaña sobre Globalización y Medio Ambiente, "Empleo de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Una herramienta de campaña importante", Amsterdam, julio de 2002. Disponible en www.foenl.org

HOUDE, M. F., "Recent Work in the OECD Committee on International Investment and Multinational Enterprises", Génova, junio de 2003.

¹³ Ver *op. cit.* en I.

“Líneas Directrices para Empresas Multinacionales”, OECD. Disponible en www.oecd.org

“OECD Guidelines for Multinational Enterprises: 2003 Annual Meeting of the National Contact Points. Report by the Chair”, Paris, junio 2003. Disponible en www.oecd.org

OECD Guidelines for Multinational Enterprises - Business Brief, vol. 1, number 1, Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC), Paris, julio 2003.

OLIVER, María F., “Líneas Directrices OCDE para Empresas Multinacionales: Información básica”, FARN - Fundación SES, noviembre 2004. Disponible en el sitio web <http://www.farn.org.ar/docs/p40/index.html>

SMITH, J., “¿Una herramienta para combatir las violaciones de los derechos ambientales y laborales?”. Resumen Público del Informe del Seminario Internacional de Capacitación y Planificación Estratégica de ONGs sobre las Líneas Directrices de la OCDE para EMNs organizado por Miliedefensie e IRENE (Internacional Restructuring and Education Network Europa. Kontakt der Kontinenten, Soeterberg, Holanda. Marzo de 2003. Disponible en www.foenl.org

TUAC-OECD. “Una guía para sindicalistas sobre las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”. Disponible en www.tuac.org

Los siguientes sitios web fueron consultados y resultaron de suma utilidad:

- OCDE: www.ocde.org
- OCDE Watch: www.oecdwatch.org
- Ends of the Earth Netherlands: www.foenl.org
- SOMO Centre for Research on Multinational Corporations: www.somo.nl
- GERMANwatch: www.germanwatch.org

DOCUMENTOS

PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL. PROPUESTAS PARA SU REGLAMENTACIÓN

Las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen el desafío de dictar la normativa reglamentaria de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, adecuar la legislación existente a las mismas, sancionar normativa complementaria, y coordinar su implementación. En este sentido, la sociedad civil no puede mantenerse al margen de este proceso fundamental para la política ambiental argentina.

Es por ello que FARN, en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN, en el marco de su Programa de Derecho Ambiental, ha organizado desde fines del año 2002 una serie de talleres con involucramiento de los principales sectores afines, para la elaboración de propuestas en materia de reglamentación de los presupuestos mínimos de protección ambiental.

Los talleres contaron con el auspicio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y el Comité de Estudios Ambientales del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI).

A continuación se transcriben las conclusiones de nueve talleres que forman parte de este proceso que aún continúan, los mismos abordan los siguientes temas: Ley General del Ambiente y Distribución de Competencias, Ley General del Ambiente y Participación Pública, Ley General del Ambiente, Principio Precautorio y Daño Ambiental, ley 25.612 sobre Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios, ley 25.670 de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs, ley 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas, ley 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental, ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios.

CONCLUSIONES del taller 1: Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley General del Ambiente y Distribución de Competencias

Realizado el 18 de marzo de 2003 en la sede del CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¹

Noción de presupuesto mínimo

- En primer lugar se distinguieron los aspectos temáticos que debía alcanzar el concepto de presupuesto mínimo (qué temas debe abordar un pre-

¹ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Asistente: María Esperanza Alonso (FARN). Participantes: Soledad Aguilar (Cancillería Nacional); María Esperanza Alonso

supuesto mínimo de protección ambiental), como así también los relativos al tipo de exigencias relacionados a estos temas (cuál es el nivel de exigencia que deben plantear las normas y con qué detalle).

- Aspectos temáticos: Los temas abordados en la noción de presupuestos mínimos comprenden indefectiblemente, a modo enumerativo y no taxativo, la normativa proveniente del derecho internacional (tratados aprobados por nuestro país que directa o indirectamente traten temas relacionados a la protección ambiental, con rango supra legal, de conformidad a lo planteado en el art. 75, inc. 22, CN).

Asimismo, y frente a los planteos de si los presupuestos mínimos de protección ambiental podían establecerse en relación a recursos naturales, se hizo mención a que para determinarlos debe atenderse a su finalidad, cual es la protección ambiental, un tema preeminente transversal.

- Exigencias: En cuanto al tipo de exigencias y teniendo en cuenta el órgano del cual emanaría, la opinión mayoritaria con respecto a quién debe reglamentar las normas de presupuestos mínimos involucra la labor de los poderes Legislativo y Ejecutivo nacional. En cuanto al Poder Ejecutivo, surgió la cuestión de cuál es el cuántum teniendo en cuenta que no puede ir más allá de lo que la ley establece, respetando la Constitución Nacional.
- Opinión minoritaria (presentada por Laura Fagot): se inclinó por la postura de que sólo el Poder Legislativo es el que puede sancionar normas de presupuestos mínimos y que en el caso de la Ley General del Ambiente, la misma ha presentado una definición amplia e inadecuada en este sentido. Asimismo, sostuvo que las leyes de presupuestos mínimos sancionadas hasta el presente estarían violando el principio de autonomía provincial consagrado en los arts. 122 y 123, CN, y serían abusivas por crear presupuestos mínimos ambientales,

(FARN); Javier Álvarez (Fundación Habitat & Desarrollo); Amanda Bertolutti (Fundación RIE); Andrea Brusco (SAyDS); Néstor A. Cafferatta (Universidad del Salvador); Luis Castelli (FARN/FNF); Enrique Catani (SAyDS); Mario Gustavo Costa (Facultad de Derecho-UBA/Fundación Aves Argentinas); Leonardo De Benedictis (CEADS); Leila Devia (INTI); José Alberto Esain (AMEAI); Susana Laura Fagot (Subsecretaría de Medio Ambiente - Pcia. de Mendoza); Rodolfo Roque Fessler (Ministerio de Ecología - Pcia. de Misiones); Marcela Flores (FrePlata); Jorge Atilio Franza (Facultad de Derecho-UBA); Gustavo González Acosta (Facultad de Derecho-UBA); Carlos González Guerrico (Comité de Estudios Ambientales-CARI); Aurora Juárez (SAyDS-Secretaría Administrativa del COFEMA); Marta Juliá (Centro de Investigaciones Jurídicas UNC); Eduardo Ortiz (AIDIS); Daniel Perpiñal (FARN); Carina Quispe (Muñoz de Toro y Muñoz de Toro); Marta B. Rovere (CEI-CARI); Daniel Ryan (FARN); Daniel A. Sabsay (FARN); Leopoldo Sahores (Cancillería de la Nación); Gustavo Serafini (SAyDS-Unidad de Residuos Peligrosos); Agnes Sibileau (Fundación Neuquén); Juan Rodrigo Walsh (AIDIS); María Elena Zaccagnini (INTA-Gestión Ambiental Agropecuaria).

como también por desconocer la práctica ambiental provincial anterior a 1994 y los derechos y potestades reservadas de las provincias.

¿Quién hace qué?

En 1994, la Constitución Nacional estableció un sistema de distribución de competencias novedoso en cuanto a protección ambiental se refiere. Pasaron ocho años desde la reforma hasta la sanción de esta ley que pone en manos de la concertación federativa la posibilidad de reglamentarla. Frente al consenso acerca de la textura abierta que presenta esta ley, la reglamentación de la misma dependerá de la habilidad de los Estados provinciales de llevarla a cabo en el ámbito del COFEMA.

En cuanto a las potestades reglamentarias de los diversos niveles gubernamentales, la mayoría de los presentes opinó a favor de:

- Autoridad nacional: La autoridad nacional ambiental posee un rol importante en la reglamentación de la normativa de presupuestos mínimos, que debe cumplir en el marco de una interpretación restrictiva. Existen en este sentido, aspectos de la Ley General del Ambiente que se refieren a objetos, políticas y principios que no están sujetos a reglamentación por parte del Poder Ejecutivo nacional.
- Autoridad provincial:
 - 1) La autoridad provincial legislativa posee la facultad de complementación de la normativa de presupuestos mínimos nacional, de conformidad a la competencia autónoma atribuida por la norma de máximo rango (Constitución Nacional). En los casos de leyes ambientales provinciales ya existentes y en los casos en que fuere necesario, las mismas deberán amoldarse a los nuevos presupuestos mínimos de protección (principio de congruencia).
 - 2) La autoridad provincial ejecutiva posee competencias de dictar normas administrativas, según las pautas del derecho administrativo local. Las mismas deberán actuar en forma complementaria a las leyes provinciales, las cuales, a su vez, deben respetar el principio de congruencia mencionado en el párrafo anterior.
- En cuanto al COFEMA, se planteó la necesidad de fortalecerlo a nivel institucional, mediante la adhesión de las provincias que aún no lo han hecho. De la misma manera, se mencionó que ello no sería suficiente, lo que significaría buscar otros mecanismos de fortalecimiento, como ser el diálogo entre la Nación y las provincias. Asimismo, se planteó la necesidad de clarificar el status jurídico de las resoluciones emanadas del COFEMA, mencionadas en la LGA, en relación a la normativa ambiental provincial. En este sentido, se hizo mención de la necesidad de una ley que regule el alcance de los tratados interprovinciales cele-

brados de acuerdo al art. 125, CN, y que sería adecuado que el COFEMA planteara esta necesidad al Congreso. Fueron mencionados algunos obstáculos (de hecho) que enfrenta el COFEMA para poder llevar a cabo sus fines, por ejemplo, la ausencia de algunos representantes de las provincias en sus reuniones, y la disparidad en el poder de decisión que tienen los miembros del COFEMA considerando las competencias que poseen en sus respectivas provincias. Se aclaró de todas formas que éste sería un tema para analizar en cada provincia.

Asimismo, en correlación al sistema federal ambiental que establece la ley, algunos sugirieron la posibilidad de plantear en el ámbito del COFEMA, el cuántum a partir del cual el Poder Ejecutivo nacional debería reglamentar en materia de presupuestos mínimos (se citó como ejemplo la Ley de Residuos Industriales) y expedir esto mediante una recomendación a la autoridad nacional.

Finalmente, se dijo que el COFEMA debe promover acuerdos entre provincias o entre las provincias y la Nación e implementar los mismos.

Articulación de la Ley General del Ambiente con las leyes sectoriales de presupuestos mínimos

Hubo consenso en cuanto al sistema que presenta la LGA y sobre el esquema de leyes sectoriales que la misma implica, y se mencionaron específicamente los principios de congruencia y armonización normativa.

Se discutió, partiendo de este esquema, cómo operativizar las normas de presupuestos mínimos que a su vez deben entroncarse con el proceso de integración en que se encuentra actualmente la Argentina.

CONCLUSIONES del taller 2: Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley General del Ambiente y Participación Pública

Realizado el 22 de mayo de 2003 en la sede del CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires ²

Acceso a la información

Artículo 16. "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y re-

² Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Asistentes: María Esperanza Alonso (FARN) y Natalia Machain (FARN). Participantes: Soledad Aguilar (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación); Marta Andelman (Habitat & Desarrollo); Amanda Bertolutti (Presidente RIE); Máximo Cafici (Facultad de Derecho-UBA); Adriana Caneda Sanín (Estudio Krom); Leonardo De Benedictis (CEADS); Leila Devia (INTI); José Alberto Esain

ferida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”.

- *Información ambiental pública:* En primer lugar se debatió sobre la definición de “información ambiental pública”. Al respecto, hubo consenso en comprender el término en un sentido amplio, incluyendo información que si bien no sería estrictamente “ambiental”, tendría interés directo sobre la materia. Se coincidió en considerar como pública aquella información que posean los órganos del Estado, determinando por ley los casos de reserva. También se consideró pública la información que posean las empresas prestadoras de servicios públicos.
- *Acceso a la información:* Existió común opinión respecto del directo acceso a la información que se encuentre en poder de organismos gubernamentales. Asimismo, no se definió una postura común para el caso en que la información estuviera en manos de empresas privadas o de entidades mixtas. En tal sentido, se observó que sería pertinente establecer un mecanismo de centralización de la información por parte del Estado, instrumentando un sistema eficiente por el cual solicitar la información necesaria a través de los organismos públicos.
- *Reglamentación:* Frente a los planteos acerca de la reglamentación del acceso a la información ambiental, se recordó el trámite legislativo en el que se encuentra el proyecto de Ley Nacional sobre Acceso a la Información Pública. Se acordó que, a diferencia de la LGA, la Ley de Acceso a la Información Pública no es una ley de presupuestos mínimos. En consecuencia, se debatieron dos posturas posibles frente a la eventual reglamentación de la LGA: 1) instrumentar los procedimientos de acceso a la información a nivel nacional y a nivel provincial; 2) dictar una ley de presupuestos mínimos de acceso a la información ambiental (ley sectorial). No obstante, se destaca el consenso alcanzado en sostener la operatividad de los artículos de la LGA referidos al acceso a la información.

Artículo 17. “La autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y re-

(AMEAI); Marcela Flores (Universidad Austral); Jorge Atilio Franza (Facultad de Derecho-UBA); Carlos González Guerrico (Director Comité de Estudios Ambientales-CARI); Ricardo Koolen (ENRE); Marcelo López Alfonsín (Facultad de Derecho-UBA); Andrés Nápoli (FARN); Eduardo Ortiz (AIDIS); Augusto Paz (integrante CEA-CARI); Mariela Puga (CEDHA); Carina Quispe (Abogada - Consultora Ambiental); Marta B. Rovere (CEA-CARI); Daniel Ryan (FARN); Daniel A. Sabsay, (FARN); Agnes Sibileaus (Fundación Neuquén); Mario Valls (Facultad de Derecho-UBA).

levantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)".

- Sistema Nacional Integrado de Información: se remarcó la importancia de la instrumentación de un sistema eficiente de centralización de la información ambiental en nuestro país, a través del COFEMA. La metodología en la implementación de este sistema constituyó una preocupación común de los participantes del taller. Algunos puntos que se trataron al respecto son los siguientes:
 - a. Identificación de los actores obligados a generar la información y de los operarios del sistema;
 - b. Implementación de planes de capacitación de los generadores y operarios;
 - c. Sistematización ordenada y coordinada entre los distintos poseedores de la información;
 - d. Unificación de criterios para la obtención/producción de información;
 - e. Contemplar herramientas para detectar e identificar las dificultades derivadas del funcionamiento del sistema.
 - f. Se diferenció la información existente, de aquella que tiene que ser generada, y los costos que conlleva la generación de nueva información.
 - g. Se señaló la importancia de tener en cuenta el Sistema Ambiental Nacional de Información (SIAN), y asimismo los sistemas o redes temáticas ya existentes, con la finalidad de aprovechar lo ya construido y perfeccionarlo, considerando los desafíos que importa un sistema de información de estas características.
- La participación y la responsabilidad de todos los actores y sectores involucrados, tanto en las instancias de diseño como de funcionamiento del sistema, fue un punto remarcado como central para el logro de un sistema de información eficiente.

Artículo 18. "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional".

- La mayoría de los presentes interpretó que en el término "autoridades públicas" quedan comprendidas las autoridades del sector público de los tres poderes del Estado nacional, provincial y municipal. En la obligación de informar deberían quedar incluidas las empresas privadas que presten servicios públicos.
- Informe anual: se destacó la importancia de contar con un informe anual ambiental que permita concentrar la información que posee el Estado. Sin embargo, se reconoció la dificultad práctica que representa la elaboración de un informe de tales características. En este sentido, se puntualizaron distintas cuestiones a tener en cuenta para su reglamentación:
 - a. Remarcar la responsabilidad de las autoridades provinciales en la participación de la confección del informe;
 - b. Determinar con claridad los indicadores a utilizar para su elaboración;
 - c. Establecer un sistema de coordinación, indispensable para que el informe anual contenga información concreta, actualizada y pertinente.
- Uno de los participantes del taller propuso a la Jefatura de Gabinete como el área del PEN que debería centralizar la elaboración del informe anual.
- Hubo acuerdo en que la reglamentación de la obligación de la elaboración del informe anual debiera representarse en un decreto nacional.
- Uno de los participantes observó la dificultad que implica la realización de un informe anual ambiental completo y serio, por lo que propuso la realización de un informe anual temático escalonado.

Participación pública

Artículo 19. "Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general".

Artículo 20. "Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, deberán fundamentarla y hacerla pública".

Artículo 21. "La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y

programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados. Seguro ambiental y fondo de restauración”.

- Del debate resultó que el término “consulta” debe entenderse en un sentido amplio, y que tiene relación con la participación pública en general. Las consultas podrán ser obligatorias, facultativas o a petición. En este sentido, se hizo referencia a la consulta popular del art. 40, CN, como así también a las consultas escritas durante los procedimientos administrativos, existentes en la normativa comparada y provincial.
- La audiencia pública es otro de los mecanismos de participación. Con respecto a la convocatoria a audiencia pública, se sostuvo que los tres poderes (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial) estarían habilitados en tal sentido. Este mecanismo de participación debe considerarse también en procedimientos judiciales cuando la naturaleza de sus decisiones lo exigiere. Asimismo, las audiencias pueden plantearse como obligatorias, facultativas o a petición.
- Procedimiento: se recalcó la importancia del acceso a la información en forma previa a la instrumentación del mecanismo de participación (audiencia o consulta). Se señaló la importancia de favorecer *a priori* la amplia participación de la ciudadanía, considerando que el alcance de la convocatoria dependerá del tema a tratar ³.
- Se destacó el rol del COFEMA en la implementación de los aspectos operativos que hagan eficiente cualquier proceso de participación pública, por ejemplo en el conocimiento de la difusión de la convocatoria en las provincias y en la publicidad de los resultados.
- El art. 21, de acuerdo con la opinión de los participantes, si bien plantea la obligatoriedad del uso de los instrumentos en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y Ordenamiento Territorial, no es taxativo. Esto surge de la lectura del mismo, en combinación con el art. 20, que señala la necesidad de institucionalizar estos mecanismos para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos para el ambiente.
- En cuanto a la obligación de las autoridades convocantes de fundamentar la opinión contraria a los resultados de la audiencia o consulta pública, se resaltó que ante la falta de este elemento en el proceso de adopción de decisiones, el acto administrativo se tornaría nulo.

³ Por ejemplo, la convocatoria a nivel municipal para la consideración de obras de pavimentación tendrá un alcance más limitado que el de la construcción de una represa de alcance interjurisdiccional y binacional.

- Se señaló que ante la ausencia de convocatoria a un mecanismo de participación ciudadana en un proceso de autorización de actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente, el acto administrativo también se tornaría nulo.

Incumplimiento de la obligación de brindar información

- Se realizaron propuestas relativas a la proyección de normativa de fondo relacionada con el incumplimiento de la obligación de brindar información de parte de los funcionarios públicos.
- La esfera de la responsabilidad administrativa por incumplimiento del deber de informar debería ser ampliada. En este sentido se puntualizó en diversos aspectos:
 - a. Se consideró la diferencia entre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios;
 - b. Se distinguió la negativa de brindar información de la omisión en el cumplimiento de tal obligación;
 - c. El incumplimiento de la obligación de informar debe ser considerado una falta grave, y debe dar lugar a un sumario administrativo;
 - d. Se propuso complementar las sanciones ya existentes con la de multa;
 - e. Se remarcó la importancia de reconocer el derecho de los ciudadanos interesados a participar de los sumarios administrativos iniciados por su denuncia.

Obligación de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el transcurso del debate existieron inquietudes sobre la reglamentación de los mecanismos de participación pública en los distintos niveles de gobierno. Asimismo, se visualizó como necesaria la actualización de la normativa provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de acuerdo a los presupuestos mínimos establecidos en la LGA. En tal sentido, todos los procedimientos deben ser pautados y transparentes, y deben considerar aspectos relativos a la convocatoria, el desarrollo y los resultados que surjan de los mismos ⁴.

⁴ Se brindó como ejemplo, el reglamento de audiencias públicas publicado en "La participación vecinal y gestión del medio ambiente audiencias públicas - Gobierno local". Por SABSAY, D. A. - TARAK, P. (1995). Buenos Aires, FARN, ps. 326 y ss., y tomado en gran parte por la normativa de ciudad de Buenos Aires y de Puerto Madryn.

CONCLUSIONES del taller 3: Presupuestos mínimos de Protección Ambiental: Ley General del Ambiente, Principio Precautorio y Daño Ambiental

Realizado el 26 de junio de 2003 en la sede del CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires ⁵

Comentarios iniciales

El presente taller de expertos comprendió el análisis de dos temas sumamente ricos, que se encuentran vinculados entre sí y presentes en la LGA, cuales son el principio precautorio y el daño ambiental. Las conclusiones constituyen el fruto de la discusión del encuentro y no importan una visión acabada de una temática tan compleja. No obstante ello, merece destacarse la importancia de ambas temáticas en relación a las decisiones que toman el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial en las diversas jurisdicciones, y la intención de que estos conceptos sean incorporados a dichas decisiones.

En forma previa al desarrollo de las conclusiones y recomendaciones, consideramos pertinente poner de manifiesto una distinción técnica, presente en la LGA, que es fundamental para considerar la metodología e implementación de su reglamentación por parte de las distintas jurisdicciones, cual es su caracterización de ley "mixta", ya que regula aspectos relativos a los presupuestos mínimos sobre protección ambiental, como así también vinculados al daño ambiental. Esto significa que el Congreso nacional ha sancionado normas de diversa índole en función de las categorías que el art. 41 establece en sus distintos párrafos, y que, en consecuencia, en un caso constituyen normas de presupuestos mínimos, pasibles de complementación por parte de las provincias, y en el

⁵ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Asistentes: María Esperanza Alonso y Natalia Machain (FARN). Participantes: Mora Arauz (Fundación Ciudad); Mario Gustavo Costa (Facultad de Derecho-UBA); José Alberto Esain (AMEAI); Laura Escuder (Asoc. Civil *Los Algarrobos*); Jorge Franza (Facultad de Derecho-UBA); Marcelo Giniger (Asesor de la Comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable del Senado de la Nación); Gustavo González Acosta (Facultad de Derecho-UBA); Carlos González Guerrico (Comité de Estudios Ambientales-CARI); Ricardo Jilek (Senado de la Nación); Marta Juliá (Centro de Investigaciones Jurídicas UNC, Córdoba); Marcelo López Alfonsín (Facultad de Derecho-UBA); Juan Sebastián Lloret (Secretario de Medio Ambiente - Salta); Cristina Maiztegui (FADEA - Foro Abierto de Derecho y Ética Ambiental); Andrés Nápoli (FARN); Silvia Nonna (UBA); Daniel Ryan (FARN); María Pía Santarelli (Fundación Ecológica); María Fabiana Oliver (FARN); Diego Rodríguez (Foro Ecologista de Paraná); Marta Rovere (CEA-CARI); María Elena Zaccagnini (Coord. Provincial Monitoreo Ecotoxicológico de Vida Silvestre en Agroecosistemas INTA - Dirección de Planificación y Evaluación, Programa Gestión Ambiental Agropecuaria); Waldo Sobrido (UBA); Carolina Ugarte (FEU); Juan Rodrigo Walsh (Estudio Walsh); María Cristina Zeballos de Sisto (UBA).

otro, normativa en materia de responsabilidad por daño ambiental, de competencia nacional ⁶.

Principio precautorio. Daño ambiental

Luego de analizar las características, definición y obstáculos relacionados a estos conceptos, los participantes arribaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones a formular a las autoridades de los poderes Ejecutivo y Legislativo y Judicial:

El principio precautorio en la Ley General del Ambiente y en relación con otros principios

1. Luego de la sanción de la LGA no existen dudas sobre la operatividad del principio de precaución. Dicha ley establece la obligación de integración de sus principios en las políticas de Estado de los distintos niveles jurisdiccionales.
2. Precisamente porque estos principios deben encontrarse reflejados en las políticas de Estado es que a partir de la aparición del principio de precaución, el concepto de razonabilidad aplicable a los actos administrativos debe ser adaptado y, eventualmente, modificado.

Definición

1. LGA: "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. "Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir" ⁷.
2. Ambos principios se basan en el deber de preservación establecido en la Constitución Nacional como la obligación de todos los ciudadanos y de

⁶ SABSAY, D. A - DI PAOLA, M. E., "El federalismo y la nueva Ley General del Ambiente", *Anales de Legislación Argentina*, Boletín Informativo, Doctrina, año 2002, 32 (47 y 54), La Ley, Buenos Aires.

⁷ Art. 4° de la LGA. V.gr. C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala III, 9/2/1995, "Almada, Hugo N. v. Copetro SA y otro"; "Irazu, Margarita v. Copetro SA y otro"; "Klaus, Juan J. v. Copetro S. A. y otro", LLBA 1996-46, JA 1995-IV-175; C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala III, 8/7/1993, "Almada, Hugo v. Copetro SA, JA 1995-IV-175 y ss.

"Municipalidad de Quilmes v. CEAMSE s/amparo", Juzgado Federal de Primera Instancia n. 2 de La Plata.

- las autoridades de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras.
3. Existe una cabal diferencia entre principio de prevención y principio de precaución. El principio precautorio es un principio más avanzado que el de prevención y ha tenido un avance pretoriano. Para que opere, tiene que existir un peligro de daño grave que pueda afectar la salud de la comunidad, esto es, que involucre el interés colectivo. La diferencia esencial entre aquellos principios es que la prevención opera sobre la certeza, mientras que la precaución carece de certidumbre. Esto permite agravar la protección en la aplicación del principio precautorio frente al de prevención.
 4. Para que el principio precautorio pueda operar eficazmente, es necesario clarificar la potencialidad del daño y que exista cierto rigor científico. Asimismo, el principio precautorio debe funcionar como rector de otras normas de carácter legislativo y administrativo.
 5. A partir de la sanción de la LGA, teniendo en cuenta la aparición de este principio en nuestro sistema, se debería aplicar una nueva interpretación de toda la sistemática de prevención/precaución y daño ambiental. Ante similares costos se debería decidir a favor de la opción que contemple en mayor medida la protección del ambiente. Asimismo, se debería invertir la carga de la prueba en las cuestiones ambientales enmarcadas en el principio precautorio, entendiéndose prohibido todo lo que no esté permitido.
 6. Relacionado con el "daño ambiental", el principio precautorio abre nuevas construcciones teóricas: la comprensión novedosa del "daño ambiental" frente a su visión clásica, y la tarea de las autoridades al ampliarse el campo de posibilidades de mecanismos de prevención.
 7. Una confusión en su definición puede derivar en una inversión del principio, utilizándolo, más que para agravar la prevención, para no cumplirla. Un claro ejemplo de esta inversión se da en algunas causas judiciales cuando, frente a la solicitud de aplicación del principio precautorio, los jueces requieren la existencia de un daño para poder decidir sobre determinada actividad (cuando la esencia del principio excluye la existencia de un daño conocido).

Obstáculos

1. La falta de aplicación del principio precautorio se origina en el temor de las autoridades a frenar el desarrollo, ya que este principio influye en la valoración económica de las actividades, los recursos y el ambiente: generalmente, para las autoridades y los particulares implica dejar de ganar hoy, en miras de evitar un daño. Se observa que, precisamente, el principio precautorio es de aplicación en sociedades desarrolladas. Para

- evitar la asociación del principio con el freno al desarrollo se debe integrar a todos los actores en la discusión de su implementación.
2. Factor cultural. Muchos abogados sostienen que hasta que no se produzca un daño no existe posibilidad de actuar, por no poder abandonar la postura clásica del daño. Se observa que existe en las decisiones una visión a corto plazo, sin evaluar las consecuencias a largo plazo, y que la mayoría de las decisiones administrativas vienen sostenidas o influenciadas por intereses económicos (relacionados con el punto anterior).
 3. Existe reticencia por parte de las autoridades y los particulares en aceptar la aplicación de la información científica, incluso de aquella que demuestra la causalidad entre una actividad y la producción de un daño, utilizando como fundamento la existencia de distintas posturas técnicas para analizar un hecho o actividad.

Recomendaciones

1. A partir de los arts. 3º y 5º, LGA, no existen posibles excusas para dejar de aplicar el principio precautorio, por lo que se recomienda a las autoridades hacer uso de la LGA como guía de las políticas nacionales, provinciales y municipales.
2. Se converge en la importancia de tres puntos para la aplicación del principio precautorio: decisión política, participación del sector empresario y participación ciudadana.
3. Debe integrarse en el análisis, además de la valoración económica, la temporal y ambiental.
4. Al observar la valoración económica como factor determinante al momento de la aplicación del principio precautorio, se olvida que también es indispensable incluir la valoración económica del ambiente y de los recursos (de no aplicarse este principio algunas actividades no podrán ser desarrolladas en el futuro). Por lo tanto, es necesario ampliar el concepto de desarrollo.
5. Se propone evaluar la creación de incentivos al sector privado para la incorporación de los principios a sus decisiones.
6. Se deben tener en cuenta y aplicar los nuevos conocimientos científicos e incorporarlos a los procesos de toma de decisión, mediante un trabajo interdisciplinario.
7. Es necesario coordinar la implementación del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) con el principio precautorio.
8. Se recomienda la incorporación del principio precautorio en el proceso de integración del Mercosur ⁸.

⁸ Proyecto de Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente, adoptado en la XI Reunión Ordinaria del SGT N.6 (Asunción del Paraguay, 16 y 17 de marzo

9. Es importante conocer y tener en cuenta las experiencias positivas en algunas provincias por parte de las autoridades en lo que se refiere a la aplicación del principio precautorio ⁹.

Juicio por daño ambiental

Partiendo del análisis de los diversos aspectos vinculados al juicio por daño ambiental, los participantes arribaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones a ser formuladas a las autoridades del Poder Judicial, y asimismo al Poder Legislativo y Ejecutivo nacional y provincial, en el marco de su competencia respectiva.

Definición

1. Se recomendó establecer un criterio de interpretación de los términos utilizados por el legislador en la LGA, considerando que el capítulo sobre daño ambiental en los arts. 27, 28, 29, 30, 31 y 33 hace referencia al daño ambiental, de incidencia colectiva o colectivo.
2. Luego de la reforma constitucional, se ha creado un nuevo marco jurídico de responsabilidad (que no es administrativo ni civil, sino ambiental *per se*). En este sentido, el daño ambiental individual se encuentra incluido en la noción clásica de daño del derecho civil, mientras que el daño ambiental de incidencia colectiva está dentro del régimen creado por la Constitución Nacional en su art. 41, párr. primero, y el respectivo de la LGA.
3. Se propuso introducir el concepto de daños punitivos a fin de evitar que el resultado de la evaluación del costo-beneficio de producir un daño sea conveniente al contaminador. Se sostuvo que este instituto podría encon-

de 1999). Citado por José Esain en "El derecho agrario ambiental y la cuestión de los 'feed lots'", La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires aplica la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Consejo de Estado francés tomando al principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad de un acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental, nota a la sentencia "Ancore SA v. Municipalidad de Daireaux", JA 6/11/2002. JA 2002-IV, fascículo nro. 6, p. 34.

⁹ V.gr. Salta. El art. 4º de la ley 7070 de Protección del Medio Ambiente (BO de la provincia de Salta 27/1/2000), enumera expresamente cuáles son los principios de política ambiental por los cuales el Estado provincial en materia de protección al medio ambiente se regirá. Entre ellos en el inc. 1º menciona el principio de precaución diciendo que "cuando una substancia, actividad o un proyecto de desarrollo puedan producir un daño irreversible al medio ambiente, se deben tomar medidas para detenerlo; aun cuando no haya pruebas científicas que demuestren concluyentemente que exista una relación directa entre aquella substancia, actividad o proyecto y el daño al medio". Ley disponible en http://www.gobiernosalta.gov.ar/medioambiente/L7070/LEY_7070.htm.

trar sustento legal en el art. 1078, CCiv. (daño moral), aunque también podría ser aplicado sin norma expresa a través de una interpretación integral. Otra opción sería realizar una aplicación analógica del principio de prevención (idea de "violación de la prevención") establecido en la LGA. Asimismo, se mencionó que la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, al prever ciertas sanciones a quien produce un daño, ha incorporado conceptos que guardan analogía con los daños punitivos. No obstante, se sugirió que en una futura ley de daño ambiental se incluyeran expresamente los daños punitivos.

Legitimación activa

1. Se recomienda interpretar la LGA de acuerdo a los preceptos constitucionales. En este sentido, se considera pertinente que la imposibilidad de litis-consorcio no cercene el acceso a la jurisdicción, que debe ser amplio. En tal sentido se recomienda a las legislaturas provinciales y a los jueces la aplicación del reconocimiento de dicho acceso a la jurisdicción en pos de la defensa del derecho al ambiente sano cuando se trata de un daño ambiental de incidencia colectiva.
2. Se considera conveniente la inclusión del Ministerio Público entre los sujetos que poseen legitimación activa.

Medidas de urgencia y prueba

1. Se identifica la problemática que encuentra el juez para afrontar decisiones ambientales en una temática que abarca diversas disciplinas. En este sentido, se recomienda considerar la pertinencia de la utilización del *amicus curiae*, instituto por el cual puede solicitarse opinión de instituciones y personas calificadas en relación a la problemática planteada en la litis.
2. Se remarca la importancia de la valoración de los dictámenes emitidos por organismos del Estado y su asimilación a los periciales. Esto, a todas luces, contribuye a crear una fluida relación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo y asimismo a destinar recursos de la comunidad a su propio beneficio (el daño ambiental colectivo perjudica a la comunidad en su conjunto).
3. Se destacó la importancia del acceso a la información tanto en la capacidad técnica del juez como en la de litigar de los actores.
4. La "medida autosatisfactiva" es una herramienta que podría ser utilizada en materia ambiental. Se relaciona con la tutela anticipada. La misma es un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo, en-

tonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento ¹⁰.

Costos y costas

1. Es indispensable tener en consideración la diferencia en las capacidades entre actores de interés público frente a las empresas o el mismo Estado. En tal sentido, se propone el reconocimiento de la gratuidad de las costas en las causas de interés público.
2. Se recomienda observar la teoría de las cargas dinámicas (que se encuentra en muchos códigos procesales provinciales), que considera que quien debería probar es "aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, económicas, jurídicas o fácticas" ¹¹.

Reparación del daño

Se recomienda, cuando la reparación *in natura* sea imposible, considerar, entre otros, los siguientes criterios para el cálculo de la reparación pecuniaria:

1. La consideración de los servicios ambientales que el ecosistema prestaba con anterioridad al acaecimiento del daño.
2. Los valores culturales que dicho ecosistema poseía antes de la ocurrencia del daño.

Seguros y fondos en la LGA

1. Conceptos de la LGA. El art. 22 obliga al seguro ambiental y, asimismo, establece que se puede constituir un fondo privado (Fondo de Restauración Ambiental) ¹². Asimismo, el art. 34 crea un fondo público llamado Fondo de Compensación Ambiental, cuya organización y administración debe ser establecida por ley especial.
2. Se recomienda que la legislación y reglamentaciones que se relacionen con este tema provengan del diálogo intersectorial.

¹⁰ PEYRANO, Jorge W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", ED 169-1345. Citado por PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 27.

¹¹ Ver SOBRINO, W., "Seguros de daños ambientales: luces y sombras de uno de los mayores desafíos para la industria del seguro en el siglo XXI", JA 2002-III, fasc. nro. 4, p. 62.

¹² El art. 22, LGA, establece que "toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación".

3. Algunos participantes sostuvieron la necesidad de que se sancione una ley de seguro ambiental a fin de garantizar mayor seguridad jurídica. No obstante ello, la opinión mayoritaria sostuvo que aun cuando en el futuro se sancione esta ley específica, en la actualidad hay soluciones para dar operatividad a lo establecido en la LGA respecto del seguro ambiental dentro del ordenamiento jurídico, a través del dictado de normas administrativas.
4. Respecto al fondo optativo privado y el fondo público, ambos deben tener tratamiento distinto.
5. En relación al fondo optativo privado, se consideraría la posibilidad de tener en cuenta la experiencia de fondos privados existentes, provenientes de leyes sectoriales (forestoindustriales/mineros).
6. Algunos participantes consideran conveniente que se establezcan máximos indemnizatorios para que las compañías aseguradoras, que son de responsabilidad limitada, establezcan criterios sobre sus pólizas.
7. Se alude a los topes máximos indemnizatorios existentes en el derecho internacional y se estima, sin consenso unánime, que esto podría facilitar la implementación del seguro ambiental.

CONCLUSIONES del taller 4: Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley 25.612 sobre Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios

Realizado el 5 de diciembre de 2002 en la sede del CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¹³

Conclusiones en temas de distribución de competencias

1. La distribución de competencias en el marco de la ley 25.612 fue identificada como una cuestión de tratamiento prioritario —que según algunos participantes debería abordarse de modo previo a la reglamentación de la ley—.

¹³ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Asistente: María Esperanza Alonso (FARN). Participantes: Miguel Ángel Aguerre (SAyDS); Élica Barreiro (Instituto de Estudios e Investigaciones sobre Medio Ambiente); Alberto Santiago Capra (SAyDS); Leonardo De Benedictis (CEADS); Carlos González Guerrico (CARI); Aurora Juárez (Secretaría Administrativa del COFEMA); Marta Juliá (Centro de Investigaciones Jurídicas UNC); Mirta Laciari (SAyDS); Andrés Nápoli (FARN); Eduardo Ortiz (AIDIS); Horacio Payá (CEADS); Augusto Paz (Integrante CEA-CARI); Ariel Pérez Castellón (FARN); Carina Quispe (Abogada - Consultora Ambiental); Daniel Ryan (FARN); Daniel Sabsay (FARN); Agnes Sibileau (Fundación Neuquén); Gustavo Serafini (SAyDS); Juan Rodrigo Walsh (AIDIS).

2. Más puntualmente, la discusión de los participantes se centró en torno a la naturaleza, competencias, potencialidades y limitaciones del COFEMA. Hubo acuerdo en cuanto a la importancia del COFEMA; no obstante, se trasuntaron diferentes posturas en cuanto al alcance de sus competencias.

En este sentido se señaló que:

1. Se debería asumir como principio orientador, en orden al deslinde de competencias, el art. 57, incs. a) y c), conforme al cual las políticas en materia de residuos deben ser entendidas de modo coordinado por la autoridad de aplicación en el marco del COFEMA (*in dubio pro COFEMA*).
2. El COFEMA es el espacio de consenso y concertación entre la autoridad de aplicación y las provincias y, en consecuencia, propicia mejores oportunidades para la implementación efectiva de las políticas y normas nacionales. La autoridad de aplicación actual entiende la importancia del COFEMA y, en tal sentido, ha manifestado que consultará con el COFEMA sus proyectos de resolución acerca de la temática analizada.
3. El COFEMA debe ingresar en un proceso ascendente de mayor institucionalidad. En este sentido, es necesario que las provincias —que no lo hayan hecho— ratifiquen el acta de constitución del COFEMA. Por otra parte, es necesario proveer a dicha instancia de los recursos necesarios para su funcionamiento.
4. El tema del efectivo cumplimiento de las resoluciones del COFEMA debe merecer un mayor ejercicio de análisis. En base a la existencia de un proyecto previo, se expresó que dicho ente podría asumir el carácter de una instancia de mediación, previa a la vía judicial. Asimismo, se propusieron otros mecanismos de cumplimiento basados en el derecho comparado; sin embargo, se acotó que habría que ser muy cuidadoso en la valoración de tales instrumentos conforme a la realidad nacional.
5. Se acotó que no es competencia del COFEMA dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental establecidos por el art. 41, CN, por cuanto dicha función ha sido atribuida a la Nación. No obstante, dicha entidad, una vez determinadas las normas básicas, puede ser el ámbito donde puedan aclararse dudas emergentes de las mismas, o donde se acuerden criterios para facilitar su aplicación.

Conclusiones en temas de la reglamentación de la ley 25.612

1. La ley 25.612 no define con claridad los alcances de la reglamentación de la ley, por tanto, es necesario reflexionar sobre sus contenidos. ¿Cuál

- es el alcance de las atribuciones reglamentarias del Poder Ejecutivo nacional?
2. Es pertinente reflexionar hasta qué punto debe ser reglamentada en materia administrativa la ley, y cómo juegan los avances/antecedentes en la materia realizados por las provincias.
 3. Resulta importante reflexionar sobre cómo poder operar la continuidad de gestión a través de las leyes 24.051 y 25.612, teniendo en cuenta que un buen número de provincias adhirieron al anterior régimen legal.
 4. Por otra parte, deben ser identificadas las contradicciones o incongruencias entre la ley 24.051 y la ley 25.612
 5. El proceso de reglamentación de la ley 25.612 debería avanzar con cuidado, trabajando sobre la base de los temas consensuados entre las provincias, el sector privado, etc. Se señaló, asimismo, que las opiniones y comentarios vertidos en el presente taller constituirían buenos aportes en dicho proceso. Finalmente, se consideró que debía rescatarse la experiencia de construcción normativa y de solución de problemas ganada a partir de la ley 24.051.

Conclusiones en otros temas

1. Es necesario ahondar en la definición y alcances de los presupuestos mínimos establecidos por la Constitución Nacional en la materia específica de los residuos industriales.
2. Es necesario avanzar en la definición de aspectos referidos al ámbito de aplicación material de la ley 25.612; a saber, la definición de residuo, la definición de actividades generadoras y los niveles de riesgo de los residuos industriales, conforme al art. 7° de la ley —esto es, en el marco de la concertación entre la autoridad de aplicación y el COFEMA—.
3. Las prescripciones del Convenio de Basilea deben ser tenidas en cuenta respecto al tema de la definición de residuos.
4. El tema del transporte interjurisdiccional de residuos debe ser analizado y abordado de modo prioritario. Sobre el particular se propuso la suscripción de un convenio general en el marco del COFEMA, en orden a evitar un escenario caótico de decenas de convenios interprovinciales sobre la misma materia.
5. La ley 25.612 posee incongruencias respecto a la LGA y la ley de PCBs. En todo caso resulta necesario analizar tales incompatibilidades.

CONCLUSIONES del taller 5: Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley 25.612 sobre Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios

Realizado el 6 de agosto de 2003 en el CARI, Ciudad de Autónoma de Buenos Aires ¹⁴

Comentarios iniciales

Se inició el debate con una breve introducción, explicando que el objetivo de estos talleres es contribuir en el proceso de reglamentación de las leyes sobre presupuestos mínimos de protección ambiental. Se recordó a los presentes las conclusiones del primer taller sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental en Materia de Residuos Industriales realizado el 5 de diciembre de 2002, cuyas conclusiones servirían de insumo para este segundo taller sobre la temática. Luego se abordó brevemente la ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividad de Servicios (LRI).

Definición de residuos industriales

En relación a este punto, se coincidió en que la ley presenta lineamientos básicos y la reglamentación redefiniría mucho en tal sentido. La LRI define el concepto de residuo en el art. 2º ¹⁵, que debe ser complementado con los arts.

¹⁴ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Facilitador: Carlos González Guerrico (CARI). Asistentes: María Esperanza Alonso (FARN) y Natalia Machain (FARN). Participantes: Gabriel Barreiro (CAITPA); Máximo Cafici (UBA); Marcelo Cataldi (CAITPA); Luis Castelli (FUNAFU); María Cristina Ceballos de Sisto (Consultora privada); Leonardo De Benedictis (CEADS), Jorge Etcharran (Subsecretaría de Política Ambiental - Provincia de Buenos Aires); Andrea Ferrarazo (Fundación Ciudad); Raimundo Florín (CEADS); Marcelo Giniger (Comisión de la Cámara de Senadores de la Nación); Gustavo González Acosta (Facultad de Derecho-UBA); Aurora Juárez (Secretaría Administrativa - COFEMA); Ricardo Jilek (Senado de la Nación); Cristina Maiztegui (Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires); Andrés Nápoli (FARN); Silvia Nonna (UBA); María Fabiana Oliver (FARN); Carina Quispe (Abogada - Consultora Ambiental); Marta Brunilda Rovere (CEA-CARI); Mario Rujana (Instituto Agua y Ambiente, Provincia de Corrientes); Daniel Sabsay (FARN); Valeria Spallazo (FUNAFU); Javier Segura (SAyDS); Gustavo Serafini (SAyDS); María Silvina Sinkec (Subsecretaría de Política Ambiental, Provincia de Buenos Aires); Gustavo Solari (CAITPA); Enrique Suárez (CAITPA); Guillermo Urribari (Comisión Ambiente de la Cámara de Senadores de la Nación); Claudio Vessuri (CAITPA); Juan Rodrigo Walsh (AIDIS); Luis Whul (CAITPA);

¹⁵ Art. 2º, LRI: "Se entiende por residuo industrial a cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo".

7° y 8° 16. El art. 7° manda a la autoridad de aplicación nacional concertar en el ámbito del COFEMA los niveles de riesgo que poseen los distintos residuos definidos en el art. 2°. Asimismo, el art. 7° *in fine* establece que deberán respetarse las regulaciones establecidas en los convenios internacionales suscriptos (v.gr. Convenio de Basilea) 17. El art. 8° establece que las autoridades provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires son las responsables del control y fiscalización de la gestión integral de los residuos alcanzados por la ley. Como así también, son responsables de identificar a los generadores, caracterizar los residuos que producen y clasificarlos según niveles de riesgo (alto, medio, bajo y nulo) 18.

En este sentido, se hizo referencia a las conclusiones del primer taller de residuos industriales, en donde se destacó la necesidad de avanzar en la definición de aspectos referidos al ámbito de aplicación material de la ley 25.612; a saber, la definición de residuo, la de actividades generadoras y los niveles de riesgo de los residuos industriales, conforme al art. 7°, LRI —esto es, en el marco de la concertación entre la autoridad de aplicación nacional y el COFEMA— 19.

Definición de niveles de riesgo

1. Se recomienda definir los niveles de riesgo en función de los factores considerados en el art. 7°, LRI: "... los procesos de potencial degradación ambiental que puedan generar, la afectación sobre la calidad de vida de la población, sus características, calidad y cantidad, el origen, proceso o actividad que los genera, y el sitio en el cual se realiza la

16 Art. 7°, LRI: "La autoridad de aplicación nacional, conforme lo previsto en el art. 57, incs. a) y c), concertará los niveles de riesgo que poseen los diferentes residuos definidos en el art. 2°; para ello, se deberán tener en cuenta: los procesos de potencial degradación ambiental que puedan generar, la afectación sobre la calidad de vida de la población, sus características, calidad y cantidad, el origen, proceso o actividad que los genera, y el sitio en el cual se realiza la gestión de los residuos industriales y de actividades de servicio. Asimismo, se deberán respetar las regulaciones establecidas en los convenios internacionales suscriptos".

Art. 8°, LRI: "Las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, responsables del control y fiscalización de la gestión integral de los residuos alcanzados por la presente, deberán identificar a los generadores y caracterizar los residuos que producen y clasificarlos, como mínimo, en tres categorías según sus niveles de riesgo bajo, mediano y alto".

17 Ley nacional 23.922. Aprueba el Convenio de Basilea sobre Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos y su Eliminación, suscripto en Basilea, Suiza (BO 24/4/1991). Texto disponible en <http://www.medioambiente.gov.ar/mlegal/tratados/ley23922.htm>.

18 Si bien el art. 8° de la LRI se refiere a tres niveles de riesgo: *alto, medio y bajo*, el art. 26 de la LRI suma el término *nulo*.

19 Conclusiones del taller de expertos FARN del Comité Argentino de UICN y de la Comisión de Derecho Ambiental de UICN - Argentina sobre "Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental en Materia de Residuos Industriales", realizado el 5 de diciembre del año 2002 en la sede del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

gestión de los residuos industriales y de actividades de servicio". Asimismo, la consideración de un sistema de evaluación de esos riesgos que combine dichos factores y tenga en cuenta aspectos esenciales de la evaluación de riesgos, tales como la identificación del peligro, la evaluación de dosis y respuesta, de la exposición y su caracterización. Componentes tales como en el marco de una categorización dinámica. No obstante ello, hay residuos que *a priori* pueden ser definidos como de riesgo alto. En consecuencia, se recomienda una metodología de doble entrada (que considere, por un lado, la combinación de los diversos componentes y, por otro, un sistema de listado de residuos *a priori* de riesgo alto), ya que la misma tendería a solucionar el problema del margen de variabilidad.

2. En cuanto a la consideración de listados, se estima considerar como basamento lo plasmado por el Convenio de Basilea. Respecto de la categorización dinámica, se recomienda la estimación de un cálculo polinómico que considere los aspectos mencionados en el apartado precedente.
3. Se recomienda un procedimiento transparente que, en coherencia con el sistema de doble entrada mencionado, permita a la autoridad elevar el nivel de riesgo sin ser arbitraria.
4. Hubo acuerdo en que el criterio de responsabilidad diferenciada debe establecerse según sea el nivel de riesgo: alto, medio, bajo y nulo. Aquí se diferenciarían los requerimientos administrativos según el nivel de riesgo y peligrosidad.
5. Se hace referencia al principio precautorio que está en la LGA a la hora de evaluar los criterios.

Transporte de residuos industriales, aspectos centrales que deberían considerarse en un acuerdo interjurisdiccional multilateral

Para el transporte interjurisdiccional de residuos, el art. 26 del LRI, exige un convenio previo entre las jurisdicciones intervinientes ²⁰. Existe un alto número de provincias que cuenta con una prohibición de ingreso de residuos peligrosos a su territorio ²¹.

²⁰ Art. 26: "Cuando el transporte de los residuos tenga que realizarse fuera de los límites provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberá existir convenio previo entre las jurisdicciones intervinientes, y por el cual, se establezcan las condiciones y características del mismo, conforme lo prevean".

²¹ NONNA, Silvia C. (2002), "Argentina: Un escenario de prohibiciones internas en materia de residuos peligrosos". El presente es una actualización de un artículo de la misma autora que fuera publicado en Derecho Ambiental, 2ª Parte. LexisNexis Jurisprudencia Argentina 2. 24/7/JA 2002-III, fasc. nro. 4. Se transcribe el aludido trabajo y se agregan cuatro puntos —V a VIII— de actualización y un cuadro anexo.

1. Se recomienda celebrar un convenio interjurisdiccional a los fines de salvar el obstáculo que presenta la ley en este tema. Asimismo, se destaca la necesidad de que desde el COFEMA se impulse un acuerdo multilateral entre las jurisdicciones.
2. Se sugiere tomar los principios del derecho internacional, de la Constitución Nacional, de los convenios internacionales, de la LGA (25.675), a los fines de destrabar la prohibición que establece la ley.
3. Como principio general se propone partir de la regla de que está permitido el tránsito y el transporte entre las distintas jurisdicciones, considerando que la prohibición que establece la Constitución Nacional (art. 41 *in fine*) es para el ingreso de residuos provenientes del exterior ²² y que, en consecuencia, las prohibiciones provinciales de ingreso sólo deben interpretarse respecto del ingreso de residuos provenientes del exterior ²³. Cada jurisdicción podrá, de todas formas, establecer las condiciones mínimas de seguridad para el ingreso de residuos provenientes de otras jurisdicciones. En la única situación en la cual se podría plantear una prohibición de ingreso sería para el caso de que una jurisdicción no contara con capacidad técnica para tratar o disponer de un residuo. Esta interpretación debería vincularse con el principio de proximidad que promueve el tratamiento de los residuos en el ámbito más cercano al del lugar de generación de éstos. Esta propuesta halla sustento en la cláusula de comercio y asimismo en la prohibición de aduanas internas que establece nuestra Constitución Nacional (ver art. 75, inc. 13, y art. 9º, CN).
4. Se propone contar con un único manifiesto con características comunes, aceptado por todas las jurisdicciones. El acuerdo tendría que decir que haya un solo manifiesto proveniente del lugar de origen del residuo que será controlado por la jurisdicción receptora. Debe homologarse el documento como instrumento de control (arts. 21 y 22) ²⁴. Existen antece-

²² Art. 41 *in fine*, CN: "(...) Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos (...)".

²³ QUISPE, M. C. - MURGIER, A., "Prohibido el ingreso de residuos peligrosos - Algunas claves para la interpretación de las normas vigentes", Suplemento de Derecho Ambiental de La Ley, año 8, nro. 5, noviembre 2001.

²⁴ Art. 21, LRI: "La naturaleza y cantidad de residuos, su origen y transferencia del generador al transportista, y de éste a la planta de tratamiento o disposición final, así como los procesos de tratamiento o eliminación a los que fueren sometidos, y cualquier otra operación que respecto de los mismos se realizare, quedará documentada en un instrumento con carácter de declaración jurada, que llevará la denominación de manifiesto".

Art. 22, LRI: "La autoridad de aplicación nacional determinará las características mínimas comunes de la información que debe contener y los mecanismos de utilización del manifiesto".

- dentos en este sentido que pueden considerarse (convenio multilateral de ingresos brutos, o en materia de transporte de ganado).
5. Existe consenso en cuanto a que el acuerdo multilateral debería considerar otras cuestiones como ser la geografía, calidad, ubicación de las plantas, etc. Como así también combinar la LRI con la LGA: en cuanto al ordenamiento territorial, a la Evaluación de Impacto Ambiental, entre otros temas.

Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios

1. Se considera prioritaria la elaboración del Plan Nacional de Gestión en el ámbito del COFEMA en coherencia con los distintos requerimientos de la ley. Dada la complejidad del plan, se considera fundamental la aplicación del principio de progresividad contemplado en la LGA²⁵. Asimismo, según se informó durante el taller, por la res. 68/2003 del COFEMA²⁶ se creó una comisión especial, con representantes de cada región, para asesorar a la asamblea sobre cuestiones operativas concretas que permitan optimizar la aplicabilidad de las normas ambientales, respetando las competencias jurisdiccionales.
2. El Plan Nacional de Gestión debe abarcar las etapas de generación, transporte, tratamiento y disposición de residuos industriales.
3. En cuanto al contenido del Plan, se recomienda incluir en el mismo:
 - a) Inventario nacional de residuos que comprenda la suma de los inventarios provinciales.
 - b) Inventario de las normas existentes a nivel local debido a que varias de las mismas tendrán que adecuarse al nuevo régimen.
 - c) Inventario de riesgos, que defina las áreas de riesgo y que incluya programas de sistematización de riesgos.
4. Se propone la planificación por regiones de la ubicación de las plantas de tratamiento de residuos industriales, y en este sentido se sugiere tener en cuenta la Estrategia Nacional en Producción Limpia para Argentina (ENPL) a los fines de potenciar esfuerzos²⁷.

²⁵ Art. 4º, ley 25.675: "La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...)

Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos (...)"

²⁶ Disponible en http://www.medioambiente.gov.ar/mlegal/cofema/res68_03.htm (visitada el 10/9/2003).

²⁷ Proyecto conjunto que la Dirección de Ordenamiento Ambiental (DOA) de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, con el apoyo de la División de Na-

5. Se indica que el proceso de elaboración del Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios debe llevarse a cabo con la participación de todos los sectores de la sociedad.
6. Se destaca la necesidad de capacitar al generador y a la comunidad regulada respecto del tema. Para tal fin, se propone la elaboración de un manual de gestión ambiental.
7. Se propone la capacitación y asistencia técnica de quienes deben aplicar la norma en las distintas jurisdicciones.

Recomendaciones respecto de la transición institucional.

Régimen de la ley 24.051. Régimen de la ley 25.612

1. El Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios debe tener etapas. El COFEMA debería elaborar un plan de implementación. Se propone el año 2005 como plazo máximo para poner en vigencia el Plan. El Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios debería existir antes de que se realice el cambio del régimen de residuos peligrosos por el de residuos industriales.
2. Se interpreta que los registros y anexos de la ley 24.051 continúan vigentes hasta tanto haya una reglamentación total y se implementen los registros del régimen de residuos industriales, de conformidad con el art. 60, ley 25.612 ²⁸.
3. Se propone un proceso escalonado para la reglamentación. Asimismo, se indica como plazo el mes de enero de 2005 para que la LRI, junto con sus instrumentos, esté en funcionamiento.
4. Se indica la necesidad de promocionar los registros provinciales, considerando la creación de los mismos en las jurisdicciones que no los poseen y la adaptación de los registros existentes. Para ello, se destacó la necesidad de asistencia y cooperación entre la Nación y las provincias.
5. La opinión mayoritaria propone la explícita derogación de la ley 24.051 una vez que esté totalmente reglamentado e implementado el sistema de la LRI. Asimismo, considera que en dicha oportunidad será adecuado

ciones Unidas para el Desarrollo Sustentable (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales UNDESA) está desarrollando.

Para mayor información <http://www.medioambiente.gov.ar/ordenamiento/estrategia/default.htm>.

²⁸ Art. 60: "Derógase la ley 24.051 y toda norma o disposición que se oponga a la presente. Hasta tanto se sancione una ley específica de presupuestos mínimos sobre gestión de residuos patológicos, se mantendrá vigente lo dispuesto en la ley 24.051 y sus anexos, respecto de la materia. Asimismo, hasta que la reglamentación establezca la creación de los diferentes registros determinados por la presente, se mantendrán vigentes los anexos y registros contenidos en dicha ley".

5. Se indica que el proceso de elaboración del Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios debe llevarse a cabo con la participación de todos los sectores de la sociedad.
6. Se destaca la necesidad de capacitar al generador y a la comunidad regulada respecto del tema. Para tal fin, se propone la elaboración de un manual de gestión ambiental.
7. Se propone la capacitación y asistencia técnica de quienes deben aplicar la norma en las distintas jurisdicciones.

Recomendaciones respecto de la transición institucional.

Régimen de la ley 24.051. Régimen de la ley 25.612

1. El Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios debe tener etapas. El COFEMA debería elaborar un plan de implementación. Se propone el año 2005 como plazo máximo para poner en vigencia el Plan. El Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios debería existir antes de que se realice el cambio del régimen de residuos peligrosos por el de residuos industriales.
2. Se interpreta que los registros y anexos de la ley 24.051 continúan vigentes hasta tanto haya una reglamentación total y se implementen los registros del régimen de residuos industriales, de conformidad con el art. 60, ley 25.612²⁸.
3. Se propone un proceso escalonado para la reglamentación. Asimismo, se indica como plazo el mes de enero de 2005 para que la LRI, junto con sus instrumentos, esté en funcionamiento.
4. Se indica la necesidad de promocionar los registros provinciales, considerando la creación de los mismos en las jurisdicciones que no los poseen y la adaptación de los registros existentes. Para ello, se destacó la necesidad de asistencia y cooperación entre la Nación y las provincias.
5. La opinión mayoritaria propone la explícita derogación de la ley 24.051 una vez que esté totalmente reglamentado e implementado el sistema de la LRI. Asimismo, considera que en dicha oportunidad será adecuado

ciones Unidas para el Desarrollo Sustentable (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales UNDESA) está desarrollando.

Para mayor información <http://www.medioambiente.gov.ar/ordenamiento/estrategia/default.htm>.

²⁸ Art. 60: "Derógase la ley 24.051 y toda norma o disposición que se oponga a la presente. Hasta tanto se sancione una ley específica de presupuestos mínimos sobre gestión de residuos patológicos, se mantendrá vigente lo dispuesto en la ley 24.051 y sus anexos, respecto de la materia. Asimismo, hasta que la reglamentación establezca la creación de los diferentes registros determinados por la presente, se mantendrán vigentes los anexos y registros contenidos en dicha ley".

incorporar un nuevo régimen penal de residuos industriales. Una opinión minoritaria no coincide con esta postura ²⁹.

CONCLUSIONES del taller 6: Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley 25.670 de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs

Realizado el 12 de septiembre de 2003 en el CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires ³⁰

Competencias correspondientes a la Nación y las provincias en cuanto a la definición y gestión de los PCBs

El art. 41, CN ³¹, establece que la Nación debe dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental y las provincias las normas necesarias para complementarlas. La ley 25.670 de Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs (LPCBs) define el concepto de PCBs en su art. 3° ³². En este sentido, durante el taller se planteó cuál debería ser el

²⁹ Opinión presentada por Cristina Maiztegui (Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires) y Ricardo Jilek (Honorable Cámara de Senadores de la Nación).

³⁰ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Facilitador: Carlos González Guerrico (CARI). Asistente: María Esperanza Alonso (FARN). Participantes: Hernán Alonso (Coordinador responsable Unidad Residuos Peligrosos - SAyDS); Julio A. Barberis (COMIP); Amanda Bretolutti (RIE); Sebastián Bigorito (CEADS); Alberto Capra (SAyDS); Mario Gustavo Costa (Facultad de Derecho-UBA - Fundación Aves Argentinas); Jorge Daneri (Foro Ecologista de Paraná); Leonardo De Benedictis (CEADS); Leila Devia (INTI); José María Gottig (EDESUR); Guillermo Huarte (ESSO PA SRL); Marcelo López Alfonsín (UBA); Julio A. Márquez (CEADS); Silvia Mignone Díaz (EDESUR); Silvia Nonna (Facultad de Derecho-UBA); María Fabiana Oliver (FARN); Augusto Paz (CARI); Carlos Piñeiro (CEADS-UIA); Carina Quispe (Abogada - Consultora Ambiental); Victoria Rodríguez (SAyDS); Marta Brunilda Rovere (CEADS); Daniel Sabsay (FARN); Daniela Slonimsky (SAyDS); Luis Tournier (SAyDS).

³¹ Art. 41: "(...) Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales (...)".

³² Art. 3°: "A efectos de la presente ley, se entiende por: PCBs a: los policlorobifenilos (bifenilos policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50ppm); Aparatos que contienen PCBs a: cualquier aparato que contenga o haya contenido PCBs (por ejemplo transformadores, condensadores recipientes que contengan cantidades residuales) y que no haya sido descontaminado. Los aparatos de un tipo que pueda contener PCBs se considerarán como si contuvieran PCBs a menos que se pueda demostrar lo contrario; Poseedor a: la persona física o jurídica, pública o privada, que esté en posesión de PCBs, PCBs usados o de aparatos que contengan PCBs; Descontaminación: al conjunto de operaciones que permiten que los aparatos, objetos, materiales o fluidos con-

alcance de la complementación de las normas provinciales, surgiendo del debate dos posturas de interpretación claramente contrapuestas:

1. La definición de PCBs que establece la LPCBs no puede ser pasible de complementación sustancial por parte de las provincias cuando esto implique una modificación en la definición presentada por la LPCBs. En este sentido, si una jurisdicción incrementa las exigencias dadas en la definición del art. 3º, LPCBs, planteando que el límite de 50 ppm para fluidos que presenta la misma debe ser de un número menor, estaría modificando dicha definición ³³.
2. La facultad que tienen las provincias de dictar normas complementarias no puede ser cercenada por la Nación en ningún caso, de conformidad a lo establecido en el art. 41, CN. Es decir que la definición de PCBs es pasible de complementación por parte de las provincias. Por ejemplo, la norma complementaria podría establecer un parámetro más exigente para la definición de PCBs que el dado por la LPCBs ³⁴.

taminados por PCBs puedan reutilizarse, reciclarse o eliminarse en condiciones seguras, y que podrá incluir la sustitución, entendiéndose por ésta toda operación de sustitución de los PCBs por fluidos adecuados que no contengan PCBs; Eliminación a: las operaciones de tratamiento y disposición final por medios aprobados por la normativa aplicable sobre residuos peligrosos”.

³³ Algunos participantes han fundamentado su posición en que: el ámbito material de la ley 25.670 se sostiene en los arts. 3º (definiciones), 13 (“Se autoriza a la autoridad de aplicación a ampliar la lista de sustancias comprendidas en el art. 3º, inc. a) de la presente, de conformidad con los avances científicos y tecnológicos en la materia”) y 14 (“Antes del año 2010 todos los aparatos que contengan PCBs, y que su poseedor quiera mantenerlos en operación, deberán ser descontaminados a exclusivo cargo del poseedor. Hasta tanto esto suceda el poseedor no podrá reponer PCBs, debiendo reemplazarlo por fluidos libres de dicha sustancia”). Por ej., la definición de PCBs de la LPCB encuentra su aplicación a los aparatos que se encuentran instalados / operando y con concentración de PCBs superior a 50 ppm. Bajo esta posición estos aspectos no pueden ser modificados por normas complementarias de las provincias ya que se desvirtuaría el espíritu mismo de la ley, cual es en primera instancia la regulación de los aparatos operando con concentraciones mayores a 50 ppm de PCBs. Ahora, lo que las provincias podrían complementar con objetivos específicos de protección de sus recursos naturales son los aspectos relacionados a la gestión posterior de esas sustancias / residuos que devienen de la salida de operación de equipos con contenido mayor de 50 ppm: a saber, los métodos de descontaminación o tratamiento, disposición final, reutilización, entre otros. Un ejemplo podría ser la reutilización de aceite de transformador que hubiere estado contaminado con PCBs con concentración menor que X ppm. Otro ejemplo sería la disposición final en relleno de seguridad o especialmente diseñado de residuos sólidos con X concentración de PCBs, entre otros.

³⁴ Es el caso de la provincia de Buenos Aires, art. 5º, res. 1118/2002: “Establecer a los efectos de la presente resolución, el significado de las siguientes voces y expresiones: ‘PCB’s’: a: los policlorobifenilos (bifenilos policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometil-

No obstante la existencia de las dos posturas mencionadas, existió consenso respecto de la facultad de las provincias de sancionar normativa en relación a otras definiciones relacionadas a PCBs. Asimismo, se coincidió en la necesidad de que todas las provincias apliquen los criterios de razonabilidad, eficiencia y eficacia de las normas. Por esta razón, sería apropiado que cualquier cambio que se procure en relación a aspectos fundamentales de la normativa sea dialogado y considerado en el ámbito del COFEMA, tomando como referencia el Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs que debe consensuarse en dicho ámbito.

Recomendaciones para el Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs

1. Se indica la envergadura de consensuar el Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs en el ámbito del COFEMA como lo indica la LPCBs ³⁵.
2. Hay consenso en la importancia de partir del Plan Nacional de Minimización y Eliminación Ambientalmente Racional de PCBs y Mate-

tedibromodifenilmetano, y a cualquiera mezcla de las sustancias anteriormente mencionadas. (...) "Fluido libre de PCB's: cuando la concentración de PCB's es menor a 0,0002 % (o 2 ppm) determinado según norma ASTM D 4059 u otra equivalente reconocida a nivel internacional. 'Descontaminación' a: Conjunto de operaciones que permiten que los aparatos, objetos, materiales o fluidos contaminados con PCB's puedan reutilizarse, reciclarse o eliminarse en condiciones seguras, y que podrán incluir la sustitución, entendiéndose por ésta al reemplazo de PCB's, por fluidos adecuados que no contengan esa sustancia. 'Residuo o sustancia contaminada con PCB's': A - Para líquidos, debe entenderse todo líquido que contenga PCBs. con una concentración superior a 0,0002% en peso. B - Para sólidos no porosos debe entenderse todo sólido no poroso que contenga en su superficie una concentración superior a 10 microgr./dm² de PCB. C - Para sólidos porosos debe entenderse todo sólido poroso que contenga PCBs con una concentración superior a 50 ppm. en peso. 'Eliminación': Conjunto de operaciones de tratamiento y disposición final por medios aprobados por la normativa aplicable a la fecha sobre residuos especiales. 'Sistema cerrado': A los fines de la presente se entiende como sistema cerrado a un sistema químico que no intercambia materia con el medio exterior. 'Plan de Eliminación': Conjuntos de actividades o procesos tendientes a reducir las concentraciones de PBC's en sistemas cerrados por debajo de 0,0002 % (2 ppm). 'Sólido metálico descontaminado': cuando en superficie se obtiene 10 µg por dm² de PCB's determinado por isopado según norma EPA SW 846. 'Sólido poroso descontaminado': Aquellos cuya concentración en peso de PCB's es menor a 50 ppm determinado por el proceso por el procedimiento de la norma EPA SW 846".

³⁵ Art. 11, inc. b): "A los efectos de la presente ley será autoridad de aplicación el organismo de la Nación de mayor nivel jerárquico con competencia ambiental. En carácter de tal tendrá las siguientes obligaciones: (...)

"b) Formular e implementar, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), un Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs (...)".

- rial Contaminado impulsado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, adecuando el mismo a los requerimientos, plazos y conceptos de la LPCBs ³⁶.
3. Se propone realizar un inventario de transformadores y equipos que contengan PCBs en la República Argentina. Asimismo, se sugiere integrar los registros de PCBs existentes y futuros.
 4. En atención al principio de proximidad, se promueve el tratamiento y la eliminación de PCBs en el país, a los fines de evitar la exportación de los mismos para su posterior tratamiento y eliminación en el exterior. Se propone para ello identificar los métodos y tecnologías existentes en la República Argentina para luego llevar a cabo una planificación regional que comprenda la distribución geográfica de los operadores de PCBs.
 5. Se recomienda incorporar incentivos económicos, como mecanismos de gestión viable a fin de promover la inversión en tecnologías para el tratamiento y disposición de PCB en el país ³⁷.
 6. Para el caso del transporte de PCBs en calidad de residuos y no como sustancia, se sugiere tener en cuenta las conclusiones arribadas sobre esta temática en el taller sobre "Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley 25.612 sobre Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios" (LRI), en donde se recomienda celebrar un convenio multilateral a los fines de salvar el obstáculo que presenta la mencionada ley en este tema y cuyo contenido debería ser impulsado desde el COFEMA de manera concertada entre las distintas jurisdicciones ³⁸.
 7. Se propone la implementación gradual del Plan Nacional, considerando los principios de política ambiental establecidos en el art. 4° de la LGA

³⁶ Texto disponible en http://www.medioambiente.gov.ar/documentos/dnga/plan_pcb/plan_minimizacion.PDF.

³⁷ Según la CEPAL, los instrumentos económicos o de regulación indirecta son "... aquellos que inciden en los costos y beneficios imputables a cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes: afectando, por ejemplo, la rentabilidad de los procesos o tecnologías alternativos, o el precio relativo de un producto, y en consecuencia las decisiones de productores y consumidores...". En CEPAL / Serie Medio Ambiente y Desarrollo. Acquilla, J. "Aplicación de instrumentos económicos en la gestión ambiental en América Latina y Caribe: Desafíos y factores condicionantes", División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos, Santiago de Chile, enero de 2001.

³⁸ Art. 26: "Cuando el transporte de los residuos tenga que realizarse fuera de los límites provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberá existir convenio previo entre las jurisdicciones intervinientes, y por el cual, se establezcan las condiciones y características del mismo, conforme lo prevean".

(ley 25.675): *progresividad, solidaridad y cooperación* ³⁹. Se destaca el rol de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en la implementación del mismo.

8. Se propone impulsar la revisión de la normativa vigente que regule el tratamiento y disposición final de PCBs a nivel nacional, provincial y local ⁴⁰.
9. Se planteó la necesidad de incluir el almacenamiento de PCBs en el Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs.
10. Se indica impulsar una campaña de sensibilización dirigida al público en general acerca de los riesgos reales que presentan los PCBs. En este sentido se destaca la necesidad de capacitar a la comunidad en el tema, con información seria y veraz.
11. Se propone implementar un sistema de seguimiento y monitoreo del Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs, considerando, entre otros temas, la obligatoriedad de las jurisdicciones de informar sobre el estado de su aplicación en sus respectivos informes ambientales y el control por parte de la ciudadanía a través de mecanismos concretos de participación.
12. Se plantea impulsar en el marco del Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs un debate público respecto de: evaluación de tecnologías apropiadas, determinación de los criterios de aceptabilidad de tecnologías para tratar y disponer PCBs en Argentina, entre otras cuestiones relativas al tema. En este sentido se sugiere la participación de la comunidad en general, donde el acceso a la información acerca de las tecnologías disponibles juega un rol fundamental.

³⁹ Art. 4º: "(...) La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...)

"Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

"Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

"Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta".

⁴⁰ Ampliar información sobre normativa nacional, provincial e internacional vinculada en http://www.medioambiente.gov.ar/residuos_peligrosos/pcb/normativa.htm (visitada el 18/9/2003).

Conformación

1. No obstante lo mencionado anteriormente, la conformación de los organismos de cuenca específicos corresponde a las jurisdicciones intervinientes: Nación, provincias y/o ciudad de Buenos Aires. Los mismos pueden ser instituidos mediante un tratado interprovincial (art. 124, CN)⁴². Asimismo, resulta fundamental considerar a los organismos de cuenca ya existentes y su vigencia⁴³.
2. Se considera oportuno incluir representantes de la comunidad y mecanismos de participación ciudadana en estos organismos.

Funciones

En referencia a las funciones de los organismos de cuenca, hay consenso en que tengan como mínimo las facultades establecidas en la LGAA: de asesoramiento y colaboración, a las que los tratados constitutivos pueden agregar las que convengan según la cuenca de que se trate, siempre y cuando no sean inferiores a las establecidas por la LGAA.

Relaciones internacionales

Algunos participantes sugieren que sea tomada en cuenta la opinión de los organismos de cuenca respecto de decisiones relativas a cuencas internacionales y recomiendan la consideración de los principios rectores de política hídrica en relación a este tema⁴⁴.

⁴² Art. 124 "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

⁴³ El Dr. Felipe González Arzac consideró específicamente que el Poder Ejecutivo Nacional tiene facultad para convocar a las provincias a fin de que constituyan los organismos de cuenca y, en caso de no hacerlo aquéllas en un lapso establecido; el Poder Ejecutivo Nacional deberá proponer su constitución al Congreso (art. 75, inc. 32, CN: "Corresponde al Congreso (...) hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina").

⁴⁴ Los principios de política hídrica puede consultarse en: http://www.mecon.gov.ar/hidricos/politica_hidrica/doc.htm (visitada el 08/10/2003).

Distribución de competencias Nación - provincias respecto de la gestión ambiental de las aguas

- Respecto de la distribución de competencias Nación - provincias, se plantea tener en cuenta como punto de partida la relación existente entre la ley 25.675, LGA, y la LGAA, considerando a la primera como basamento claro, de conformidad al principio de congruencia y en aras del logro del desarrollo sustentable.
- Se plantean dos aspectos respecto de la distribución de competencias:
 1. *Planificación de la gestión ambiental de las aguas*: donde el rol de la Nación, de las distintas jurisdicciones provinciales, de la CABA, del COFEMA y del COHIFE (Consejo Hídrico Federal) e incluso las reparticiones nacionales y provinciales que entiendan en materia de uso del suelo es fundamental. En el marco de esta planificación las provincias pueden considerar aspectos y temas más específicos que los que se plantean a nivel nacional. Particularmente, respecto del Plan Nacional de Gestión ⁴⁵, se considera la importancia de la intervención de las distintas jurisdicciones, el COFEMA, el COHIFE y la Nación.
 2. *Conformación de organismos de cuenca específicos*: se aclara la importancia de delimitar las competencias en tal sentido (tratados interprovinciales), a las jurisdicciones intervinientes en la cuenca.
- Se plantea como necesidad que la reglamentación aclare los conceptos contenidos en el art. 7º, incs. a), b) y c), LGAA ⁴⁶. Se estima que los valores de calidad establecidos por la Nación deben tener en cuenta la función ambiental del recurso hídrico. Atendiendo al criterio de progresividad, los valores de calidad establecidos por la Nación, deberían surgir de un consenso político con las provincias en el ámbito del COFEMA, con el respaldo técnico imprescindible que el tema merece con la finalidad de establecer metas de cumplimiento progresivas que, ligadas a una secuencia temporal, permita obtener una normativa adecuada en función de las condiciones socio-económicas reales de cada jurisdicción. Asimismo, las provincias y la ciudad de Buenos Aires pue-

⁴⁵ Art. 7º, LGAA: "La autoridad nacional de aplicación deberá: a) Determinar los límites máximos de contaminación aceptables para las aguas de acuerdo a los distintos usos; b) Definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos; c) Fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas; d) Elaborar y actualizar el Plan Nacional para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, que deberá, como sus actualizaciones ser aprobado por ley del Congreso de la Nación. Dicho plan contendrá como mínimo las medidas necesarias para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas".

⁴⁶ Ver nota 3.

- den dictar normas más estrictas que las establecidas por los presupuestos mínimos de protección ambiental dictados por la Nación (art. 41, CN). Las provincias poseen un rol preponderante en cuanto a los usos del agua y los límites de vertido, aspectos que guardan una estrecha relación con el ordenamiento territorial.
- En relación a los valores de calidad que debe establecer la Nación, la reglamentación de la LGAA debería fijar: a) valores relativos a la calidad, b) metodología y procedimiento de actualización de dichos valores.
 - Respecto de la calidad y prioridad de usos, se considera de suma importancia que las autoridades tengan en cuenta: el agua preexistente y el uso apto de las mismas en cada región, criterio de cuencas, de indivisibilidad de la cuenca, la función de los organismos de cuencas y el uso sustentable del recurso.
 - Se exhorta al COFEMA y el Consejo Hídrico Federal a trabajar en conjunto y de manera coordinada a los fines de aunar esfuerzos.
 - Se propone establecer el concepto de *caudales ecológicos*, es decir, reconocer al medio ambiente no sólo como proveedor, sino también como usuario de agua y establecer las medidas necesarias para que este concepto tenga aplicación práctica en las normas complementarias y/o en la reglamentación de la LGAA.
 - Se estima considerar especialmente los siguientes principios de la LGA: a) de progresividad teniendo en cuenta los objetivos que se planteen, b) de razonabilidad: considerando la facultad de las provincias de establecer normas complementarias a las de presupuestos mínimos, c) de subsidiariedad: la gestión tiene que estar dada bajo este principio, los intereses que exceden al marco municipal, corresponden a la provincia, los que exceden a la misma corresponden a la Nación y los que exceden a esta última corresponden a la órbita internacional, e) de congruencia en cuanto a la relación entre la LGA y la LGAA. La LGA es la que tiene que centrar y dar coherencia al sistema. Asimismo, se consideran aplicables al sistema hídrico de la LGAA todos los principios plasmados en la LGA ⁴⁷.
 - La normativa preexistente nacional, provincial y de la CABA debe adecuarse a la LGAA. En cuanto a la normativa de fondo que trata el impacto de ciertas actividades en el ambiente y el agua (por ej., actividades mineras), si bien se trata de normas que el Congreso Nacional ha

⁴⁷ Principio de congruencia, principio de prevención, principio precautorio, principio de equidad intergeneracional, principio de progresividad, principio de responsabilidad, principio de subsidiariedad, principio de sustentabilidad, principio de solidaridad, principio de cooperación (art. 4º).

sancionado en función del art. 75, inc. 12, CN, y poseen un alcance diferente a la de presupuestos mínimos de protección ambiental, se estima oportuno tenerlas en cuenta, a los fines de una armonización vertical y horizontal que no se desentienda de la protección mínima ambiental que los presupuestos mínimos deben garantizar en todo el territorio de la Nación.

- Respecto a la gestión internacional de las aguas, se considera de suma importancia la concertación previa entre la Nación y las provincias interesadas directamente para elaborar la posición nacional a ser presentada por el Poder Ejecutivo nacional durante la etapa de negociación internacional. También se estima oportuno establecer instancias de participación ciudadana en este sentido.

Autoridad de aplicación

- En cuanto a quién debe ser la autoridad de aplicación de la LGAA, una posición mayoritaria consideró que debe serlo la autoridad de máximo nivel jerárquico del Poder Ejecutivo nacional en materia ambiental. Como fundamento se esgrimió que la LGAA es una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental que debe interpretarse en forma conjunta con la LGA, sus principios y el sistema federal ambiental.
- No obstante ello, algunos participantes consideraron conveniente que la autoridad de aplicación de la LGAA sea competente en materia de recursos hídricos, dada la especificidad de la temática.
- Se coincidió en la necesidad de fortalecer la coordinación y cooperación entre la autoridad nacional ambiental y la de recursos hídricos, con independencia del posicionamiento circunstancial en el organigrama del Ejecutivo nacional.
- Se consideró también que la autoridad nacional de aplicación debería poseer una instancia de consulta, en forma previa a dictar normativa administrativa atinente a la reglamentación e implementación de la LGAA, en la cual incluya a las otras dependencias del Poder Ejecutivo nacional con competencia en la temática de ambiente y recursos hídricos, no obstante las consultas que se recomienda realice al COFEMA y al Consejo Federal Hídrico.
- Asimismo, se consideró que, para evitar la existencia de compartimentos estancos, la dependencia del Estado nacional con competencia específica sobre política de recursos hídricos debería funcionar bajo la órbita de la autoridad ambiental nacional, la cual debería poseer rango ministerial.

CONCLUSIONES del taller sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental

Realizado el 7 de septiembre de 2004 en la sede del CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires ⁴⁸

Las siguientes conclusiones son el fruto de la discusión y el análisis conjunto de un grupo de especialistas provenientes de distintos sectores, cuyo interés es presentar las mismas a las autoridades nacionales, provinciales, municipales y de la ciudad de Buenos Aires.

I. Concepto de información pública. Alcance

1. Se planteó la necesidad de articular el concepto de *información pública ambiental* del Régimen de Información Pública Ambiental —ley 25.831—, con el concepto de *información pública* recepcionado por la Ley General del Ambiente (LGA). Para ello es menester realizar una interpretación conjunta de los arts. 16 ⁴⁹ y ss. de la LGA con los

⁴⁸ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Facilitador: Augusto Paz (CARI). Asistentes: María Esperanza Alonso (FARN) y Natalia Machain (FARN). Participantes: Gustavo Acosta González (Facultad de Derecho-UBA); Alcides Cruz (COFEMA); Mora Arauz (Fundación Ciudad); Amanda Bertolutti (Fundación R.I.E); Homero Bibiloni (SayDS-Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación); Máximo Cañici (Facultad de Derecho-UBA); Alberto Capra (SAyDS); Leonardo De Benedictis (CEADS); José Alberto Esain (AMEAI); Raúl Alejandro Fernández (Asesor legal del Ministerio de la Producción del Chaco); Jorge Atilio Franza (Facultad de Derecho-UBA); Gabriela García Minella (AMEAI); Marcelo Giniger (Comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable - HCSN); Carlos González Guerrico (Gerente - Cámara Empresaria de Medio Ambiente-CEMA); Carola Lustig (Asociación por los Derechos Civiles); Agustín Martín (CEDHA); Roberto Olivares (Director de Suelos y Agua Rural del Chaco); María Julia Peígtot (Poder Ciudadano); Gustavo Portaluppi (ABN AMRO Bank N.V); María de los Ángeles Pereira (CEDHA); Carina Quispe (Abogada - Consultora Ambiental); Alejandro Rossi (Abogado - Profesor de Derecho Ambiental); Marta B. Rovere, (CEA-CARI); Daniel A. Sabsay (FARN); Agnes Sibileau (Facultad de Derecho-UBA); Raquel Turcan (SAyDS - Registro Nacional de Residuos Peligrosos); Guillermo Urribarri (Comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable - HCSN); Juan Rodrigo Walsh (AIDIS); María Cristina Zeballos de Sisto (Abogada - Docente).

⁴⁹ Art 16, LGA: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada".

Art. 17, LGA: "La autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)".

Art 18, LGA: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del am-

- arts 3° 50 y 4° 51 de la ley 25.831 en cuanto señalan obligaciones para las autoridades públicas y las personas físicas o jurídicas públicas o privadas.
2. Asimismo, a los fines de la interpretación del alcance del término *información pública ambiental*, es indispensable tener en cuenta el concepto de *desarrollo sustentable* establecido en el art. 41 de nuestra Constitución Nacional.
 3. La *información pública ambiental* debe ser considerada de orden público y, por ello, puesta a disposición de todos los ciudadanos, salvo en aquellos casos excepcionales dispuestos por la ley en cuestión (art. 7°) 52.
 4. Resulta indispensable considerar la *veracidad* y *actualidad* de la información, así como los mecanismos o herramientas utilizados para su pro-

biente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas.

El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional”.

50 Art. 3, LAIPA: “*Acceso a la información*. El acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad. En ningún caso el monto que se establezca para solventar los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada podrá implicar menoscabo alguno al ejercicio del derecho conferido por esta ley”.

51 Art. 4°, LAIPA: “*Sujetos obligados*. Las autoridades competentes de los organismos públicos, y los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas, están obligados a facilitar la información ambiental requerida en las condiciones establecidas por la presente ley y su reglamentación”.

52 Art. 7°, LAIPA: “*Denegación de la información*. La información ambiental solicitada podrá ser denegada únicamente en los siguientes casos: a) Cuando pudiera afectarse la defensa nacional, la seguridad interior o las relaciones internacionales; b) Cuando la información solicitada se encuentre sujeta a consideración de autoridades judiciales, en cualquier estado del proceso, y su divulgación o uso por terceros pueda causar perjuicio al normal desarrollo del procedimiento judicial; c) Cuando pudiera afectarse el secreto comercial o industrial, o la propiedad intelectual; d) Cuando pudiera afectarse la confidencialidad de datos personales; e) Cuando la información solicitada corresponda a trabajos de investigación científica, mientras éstos no se encuentren publicados; f) Cuando no pudiera determinarse el objeto de la solicitud por falta de datos suficientes o imprecisión; g) Cuando la información solicitada esté clasificada como secreta o confidencial por las leyes vigentes y sus respectivas reglamentaciones. La denegación total o parcial del acceso a la información deberá ser fundada y, en caso de autoridad administrativa, cumplimentar los requisitos de razonabilidad del acto administrativo previstos por las normas de las respectivas jurisdicciones”.

cesamiento. Estas características permiten evaluar el real acceso a la información pública ambiental. Por otra parte, la transparencia en la información presenta una importancia fundamental en la promoción de la transparencia en la gestión pública.

5. Existe información de diversa índole considerada por la LGA y la LAIPA, a saber:

A: Información cruda o sin procesar: se trata de datos solicitados por el ciudadano que no se encuentran sistematizados o aun cuando lo estuvieran presentan información ambiental que no se encuentra en la base de sistemas (v.gr., permisos otorgados para la realización de cierto tipo de actividad).

B: Información procesada: se trata de estadísticas, informes, declaraciones, documentos ya elaborados. En este caso es importante que se ponga en conocimiento del solicitante cuál ha sido la metodología utilizada para procesar los datos o información que origina la estadística o informe.

C: Información no elaborada: comprende la información que no ha sido producida, pero cuya elaboración constituye una obligación de la autoridad o de la persona física o jurídica pública o privada. En este caso, puede requerirse su producción.

II. Relación del Régimen de Acceso a la Información Pública Ambiental con la Ley General del Ambiente - LGA

1. Si bien en nuestra Constitución Nacional no existe la categoría de "ley marco", dada la trascendencia de las leyes de presupuestos mínimos en ese marco, puede considerarse que la LGA tiene un rango superior que el resto de las leyes de esta índole.
2. Resulta necesario efectuar una complementación de los principios establecidos en la LGA respecto de acceso a la información, con los preceptos de la nueva Ley de Acceso a la Información Pública Ambiental. A tal efecto, debe efectuarse una interpretación holística del sistema normativo en su conjunto, aplicando el *principio de congruencia*.
3. Asimismo, y teniendo en cuenta que el derecho al ambiente sano es un derecho humano, se aplica el principio *pro homine*⁵³ —de jerarquía cons-

⁵³ El principio *pro homine* establece que "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos" (PASTOR, Daniel R., "El llamado 'impacto' de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nro. 9, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 54, con cita de Mónica Pinto).

- titucional—, según el cual será necesario establecer cuál de las normas está en favor del derecho humano al ambiente, más allá de la jerarquía normativa.
4. En definitiva, la amplitud de los beneficios reconocidos por las leyes deben ser armonizadas de modo de darle la mayor protección y eficacia al derecho protegido.

III. Plazos y excepciones

En función de lo expuesto con relación a la interpretación complementaria de las leyes de presupuestos mínimos sobre política ambiental —LGA— y Acceso a la Información Pública Ambiental, es necesario considerarlas en forma complementaria y otorgar preeminencia a la mayor protección del derecho humano tutelado. En consecuencia, el piso otorgado en materia de plazos por las leyes de presupuestos mínimos no podrá ser extendido por otras normas nacionales, provinciales o locales. En cuanto a la restricción, deberá considerarse que las excepciones no podrán ser ampliadas por otras normas nacionales, provinciales o locales.

IV. Sujetos

1. *Obligados*. Cuando el legislador se refiere a “autoridades competentes” en el art. 4° de la LAIPA ⁵⁴ debería interpretarse en un sentido amplio de modo que sea posible solicitar información a cualquier repartición u organismo del Estado que cuente con información ambiental.
2. *Servicio público. Empresas privadas*. La interpretación del concepto de servicio público requiere de un encuadre amplio. En tanto la ley se refiere a “titulares” de empresas prestadoras de servicios públicos, resulta que aquéllas son un sujeto obligado a brindar directamente la información en caso de solicitud por parte de un ciudadano o del mismo Estado.
3. *Sujetos legitimados*. Todas las personas tienen legitimación para solicitar información pública ambiental, sin ser necesario contar con ningún interés particular.
4. *Estado*. Dentro de los sujetos legitimados a solicitar información debe incluirse al Estado en cualquiera de sus órganos y niveles.

V. Ámbito de aplicación

El Régimen de Acceso a la Información Pública —en tanto ley de presupuestos mínimos de protección ambiental, en los términos del art. 41, CN— es aplicable a todos los niveles del Estado nacional, provincial y municipal.

⁵⁴ *Ut supra*.

VI. Sistema de Información Ambiental

1. *El Sistema de Información Ambiental* en cualquiera de los niveles que se establezca debe ser accesible a todos los ciudadanos.
2. Los distintos organismos deben arbitrar mecanismos internos que ordenen y registren la información de que disponen, promoviendo una coordinación vertical y horizontal entre los diferentes niveles.
3. Sería recomendable contar en cada organismo con un funcionario responsable de brindar la información.
4. Si bien la puesta a disposición de la información en los sitios web de cada organismo es un mecanismo de difusión trascendente, no debe ser el único medio disponible, teniendo en cuenta el principio de equidad.
5. *Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)*. No obstante la obligación ya existente en cabeza de cada autoridad gubernamental, el rol del COFEMA es fundamental en la implementación del Régimen de Acceso a la Información Ambiental, ya que podría coadyuvar en la organización y facilitación de la información pública ambiental, así como en la coordinación interjurisdiccional, intentando equilibrar las diferencias entre las distintas provincias en cuanto a los recursos disponibles para la implementación de un sistema de acceso a la información.
6. *Acceso gratuito a la información pública ambiental*. Cuando se habla de recursos utilizados para la entrega de la información se debe interpretar que la ley se refiere al costo de la puesta a disposición de la información en determinado soporte (ej. soporte magnético o fotocopias), ya que la producción de la misma y su centralización son responsabilidades del Estado que se encuentran solventadas por todos los ciudadanos a través de los impuestos.
7. *Presupuesto*. Es recomendable contar con un presupuesto específico para la organización y puesta a disposición de la información pública ambiental. No obstante, y teniendo en cuenta la falta de recursos general del Estado, es menester considerar que esta carencia de recursos presupuestarios específicos no es óbice al cumplimiento de la responsabilidad del Estado de brindar información.
8. *Capacitación y responsabilidad de los funcionarios*. El real cumplimiento de la ley requiere de un conocimiento eficaz y una fuerte capacitación de los funcionarios del Estado de la obligación de brindar información. En este sentido, los responsables de dar cumplimiento a la ley deben conocer el sistema de responsabilidades establecido (civil, administrativo y penal).

9. *Organizaciones de la sociedad civil.* Las organizaciones de la sociedad civil juegan un rol trascendente como intermediarios entre los ciudadanos y el Estado.
10. *Difusión.* Es recomendable realizar una campaña masiva de difusión a los ciudadanos de las herramientas de acceso a la información pública ambiental de acuerdo a la normativa de presupuestos mínimos vigente.

CONCLUSIONES del taller sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental: Ley 25.916 - Gestión de Residuos Domiciliarios

Realizado el 9 de noviembre de 2004 en la sede del CARI,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires 55

Las siguientes conclusiones son el resultado de la discusión y el análisis conjunto de un grupo de expertos provenientes de distintos sectores, cuyo interés es presentar las mismas a las autoridades nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Parte I - Rol de la autoridad nacional, las provinciales, las municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el COFEMA para la implementación de la Ley de Residuos Domiciliarios (LRD) 56.

Respecto a la primera parte del taller de trabajo, las principales conclusiones que surgieron del debate fueron las siguientes:

⁵⁵ Coordinación: María Eugenia Di Paola (FARN). Facilitador: Augusto Paz (CARI). Asistentes: María Esperanza Alonso (FARN) y Natalia Machain (FARN). Participantes: Santiago Javier Alonso (SAyDS Nación); Marcelo Andrade (SPA - Provincia de Buenos Aires); Adam Barr (Fundación Habitat y Desarrollo); Alberto Santos Capra (SAyDS Nación); Ana Corbi (SAyDS); Mario Gustavo Costa (Fundación Aves Argentinas - Facultad de Derecho-UBA); Leonardo De Benedictis (CEADS-CIP-CECRA); Carla Figliolo (SAyDS Nación); Leonardo Hugo Genero (Fundación Proteger - Santa Fe); Marcelo Giniger (Asesor de la Comisión Ambiente y Desarrollo Sustentable - HCSN); Carlos González Guerrico (CEMA); Víctor Iglesias (Instituto Argentino de Siderurgia); Ricardo Jilek (HCSN); Marcelo López Alfonsín (UBA-UNLZ); Marta Migoya (CEADS); Ángeles Mourgier (Estudio Jurídico Bros y Salas); Silvia Nonna (SAyDS Nación); César Ortiz Araya (SAyDS Nación); Eduardo Ortiz (AIDIS); Edith Polverini (Coordinadora de Medio Ambiente, Municipio de Morón); Carina Quispe (Abogada independiente); Miguel Ángel Rementería (CIMA - ONG - Foro del Buen Aire); César Rodríguez (CEAMSE); Anna Petra Roge de Marzolini (Ecolapaz - Fed. Amigos de la Tierra Argentina); María Rossi (SAyDS Nación); Marta Rovere (CEA-CARI); Daniel A. Sabsay (FARN); Agnes Sibileau (Facultad de Derecho-UBA); Daniela Slonimsky (SAyDS Nación).

⁵⁶ Ley 25.916 - Gestión de Residuos Domiciliarios (BO 7/9/2004).

- *Rol de los gobiernos locales.* Se destacó el rol preeminente de los municipios. En este sentido surgieron distintos puntos a ser considerados: a) la necesaria institucionalización de la autonomía de los gobiernos locales en las provincias que aún no la hayan hecho (por ej., la provincia de Buenos Aires) cumpliendo con lo prescripto por la Constitución Nacional. De esta manera, los municipios tendrán mayor libertad de acción y desarrollo dentro de sus jurisdicciones; b) la consideración del principio de subsidiariedad recalcando la importancia de la regionalización; c) la necesidad de llevar a cabo la evaluación de los costos a la hora de implementar la Ley de Residuos Domiciliarios, como así también identificar las líneas de financiamiento existentes; y d) el análisis de mecanismos que puedan instrumentarse para desarrollar el rol fundamental de los municipios.
- *Rol de los gobiernos provinciales.* Se subrayó la necesidad de que la construcción de la reglamentación necesaria a los fines de implementar lo establecido por la LRD parta de abajo hacia arriba: municipio - provincia - nación, siendo la interacción entre provincia - municipio fundamental para tal fin.
- *Rol del Estado nacional.* En este proceso el rol del Estado nacional debería ser de generador de políticas en el ámbito del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA). Siendo necesaria la construcción de canales viables de interacción entre el COFEMA y los municipios. Asimismo, se señaló la importancia de crear conciencia en el consumo a fin de disminuir la generación de residuos.
- *Programas especiales.* Se marcó la importancia de considerar la existencia de programas especiales que sean llevados a cabo coherentemente en un marco de regionalización. Para tal fin se sugiere realizar una interpretación normativa que evite la superposición ⁵⁷.
- *Adecuación.* Se recomienda que en el ámbito del COFEMA las jurisdicciones establezcan el plazo y el modo de adecuación de la normativa local y la provincial a la LRD.
- *Necesidad de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y de envases y embalajes.* Se recomienda la exigencia de llevar a cabo una EIA previa a toda instalación de plantas de tratamiento y de disposición y de tratamiento final de residuos. Asimismo, se destacó la necesidad de una ley de envases y embalajes, con una visión integral del problema.

⁵⁷ Art. 35, LRD: "Las autoridades competentes deberán establecer, en el ámbito de su jurisdicción, programas especiales de gestión para aquellos residuos domiciliarios que por sus características particulares de peligrosidad, nocividad o toxicidad, puedan presentar riesgos significativos sobre la salud humana o animal, o sobre los recursos ambientales".

- *Experiencia de la provincia de Buenos Aires.* Se mencionó el proyecto de ley impulsado por la provincia de Buenos Aires para adecuar la normativa provincial a la ley nacional.
- *Principio de razonabilidad.* Se planteó la consideración de este principio a fin de implementar y adecuar la LRD al resto de la normativa.

Parte II - Aspectos específicos para la adecuación y generación de normativa acorde con la LRD

Con relación a este punto, éstas fueron las principales conclusiones:

Planes de adecuación

- *Hay consenso en que partiendo de la ley 25.675 General del Ambiente (LGA)⁵⁸ y la LRD se pueden proponer los planes de adecuación considerando los principios de congruencia y progresividad con la participación y consenso de los gobiernos provinciales.*
- *Acuerdos municipios - provincias junto con el COFEMA.* Se propuso la celebración de acuerdos entre municipios y provincias, con el COFEMA y con la participación de los vecinos.

Consejo Federal del Medio Ambiente. Se recuerda que el mismo es un órgano de coordinación de políticas y no de aplicación. En ese sentido, en el marco del mismo se debe consensuar la implementación de la LRD considerando los principios de la LGA y de la misma LRD. Asimismo, las provincias deben facilitar la información, producto de las decisiones tomadas en el ámbito del COFEMA a los municipios de sus respectivas jurisdicciones.

Canales de comunicación. Se propone utilizar los canales de comunicación y difusión existentes, por ejemplo, la Federación Argentina de Municipios (FAM) y la *Secretaría de Asuntos Municipales* del Ministerio del Interior⁵⁹.

Compromisos internacionales. Se plantea la necesidad de vincular los distintos conceptos planteados en la LRD con los compromisos asumidos a nivel internacional como así también valorizar las tecnologías limpias.

⁵⁸ BO 28/11/2002.

⁵⁹ Es la oficina del Poder Ejecutivo Nacional encargada de entender en las cuestiones locales y en la asistencia técnica a los municipios para la modernización de los sistemas administrativos y el fortalecimiento de la gestión. Más información disponible en www.mininterior.gov.ar/municipales (visitada el 22/11/2004).

Autoridad nacional. Se sugirió que en la construcción de políticas, la *Estrategia Nacional para la Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos*⁶⁰ tenga en cuenta el principio de *revalorización* establecido en la LRD y asimismo que facilite espacios de participación.

Adecuación. Se señaló que existen muchas normas que no permiten la revalorización, como es el caso del dec.-ley 9111 de la provincia de Buenos Aires. En ese sentido, se propone realizar una interpretación superadora de la LRD, entiendo que el mismo quedaría derogado en ese punto a fin de permitir la adecuación a la mencionada ley.

Sistemas mixtos o únicos

- *Definición de sistemas mixtos.* Por sistemas mixtos se entiende la conjugación de la separación en origen y en plantas de separación. Existe una tendencia a incluir el concepto de revalorización e incorporar sistemas complementarios al relleno sanitario. Es necesario aclarar que los sistemas complementarios no reemplazan la disposición final en rellenos sanitarios.
- *Protagonismo de los municipios.* Se señaló el protagonismo de los municipios en la conformación de los sistemas mixtos. A la hora de definir el tipo de sistema se han de tener en cuenta diversos factores como, por ejemplo, la escala poblacional. Asimismo, se advirtió que la implementación de sistemas mixtos en ciudades pequeñas puede no ser positiva.
- *Gestión integral de los residuos domiciliarios.* Se propone implementar un sistema de gestión integral de los residuos domiciliarios que tienda a *minimizar progresivamente* la porción de residuos a ser dispuestos en rellenos sanitarios. Asimismo, se propone establecer políticas tendientes a minimizar la generación de residuos domiciliarios en el origen.
- *Respeto a las jurisdicciones locales.* Existe coincidencia en que durante este proceso se respeten las jurisdicciones locales. Asimismo, se destaca la importancia de la regionalización intermunicipal, como así también interprovincial.
- *Factor social.* Respecto a la adecuación normativa, se señaló la importancia de tener en cuenta el factor social, procurando la aprobación social de los proyectos a fin de evitar el *efecto nimby*⁶¹. En este

⁶⁰ Mayor información disponible en www.medioambiente.gov.ar/pgc/actividades/taller_preparacion_Estrategia_Nacional/default.htm (visitada el 22/11/2004).

⁶¹ Siglas en inglés: "not in my back yard" / "no en mi patio trasero" es una expresión utilizada para describir la reticencia que existe en general de parte de la población de destinar espacios pertenecientes a su vecindario al tratamiento y la disposición de residuos.

sentido, es fundamental promover la educación e información para el consumo.

- *Principios de la LGA.* Se manifiesta la importancia de la aplicación de los principios establecidos por la LGA en el artículo 4º 62.

62 Art. 4º: "La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

"*Principio de congruencia:* La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

"*Principio de prevención:* Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

"*Principio precautorio:* Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

"*Principio de equidad intergeneracional:* Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

"*Principio de progresividad:* Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

"*Principio de responsabilidad:* El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

"*Principio de subsidiariedad:* El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

"*Principio de sustentabilidad:* El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

"*Principio de solidaridad:* La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

"*Principio de cooperación:* Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta".

SIMPOSIO DE JUECES Y FISCALES. DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES

Nosotros, jueces, fiscales y directores de Escuelas Judiciales, que provenimos de distintos países de América Latina, habiendo sido convocados para participar a título personal en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina - Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental por el Comité Organizador del mismo, integrado por un Grupo Ejecutivo que nuclea a la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Instituto del Banco Mundial, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales de la República Argentina (FARN), el Instituto de Derecho para un Planeta Verde de Brasil, y un grupo asesor conformado por la Red Internacional para la Aplicación y el Cumplimiento de la Normativa Ambiental (INECE), la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL), la Fiscalía para el Medio Ambiente de Chile (FIMA), el Instituto de Derecho y Economía Ambiental de Paraguay (IDEA) y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA); celebrado en la ciudad de Buenos Aires el 23 y 24 de septiembre del año 2003, hemos decidido, ya concluido dicho Simposio, formular la siguiente

Declaración

1. Convencidos del rol que nos toca a jueces y fiscales en la aplicación efectiva del Derecho Ambiental en aras del logro del desarrollo sostenible, y teniendo en cuenta los antecedentes claramente plasmados en la Declaración de México del año 2000 y la Declaración de Johannesburgo del año 2002, hemos arribado a distintas conclusiones y recomendaciones que consideramos fundamentales para nuestra región en temas relativos a: capacitación de magistrados, organización de la justicia y las competencias ambientales, relación del Poder Judicial con los otros poderes del Estado y con la sociedad civil, evaluación de la aplicación de las normas ambientales por parte del Poder Judicial y los fiscales, procesos constitucionales, acción civil y de daño ambiental y acción penal ambiental.

2. El intercambio de experiencias ha puesto en evidencia la carencia, en general, de una adecuada motivación por parte de los jueces y fiscales respecto de los temas ambientales. En este sentido, planteamos dos estrategias primarias de acción: una de capacitación y otra de incidencia.

3. Estrategia de capacitación. Convencidos de la necesidad de motivar la formación y participación en temas ambientales por parte de jueces y fiscales proponemos:

- a. Propiciar encuestas o estudios de opinión que permitan identificar las necesidades concretas que jueces y fiscales plantean.
- b. Promover campañas de sensibilización en la temática ambiental.
- c. Incorporar la temática ambiental a los programas de capacitación de jueces y fiscales de los organismos nacionales y locales destinados a tal fin.
- d. Canalizar la capacitación regional a través de la Red Iberoamericana de la Escuela Judicial.
- e. Estimular, a través de incentivos, la formación en temas ambientales.
- f. Redactar, difundir y utilizar manuales (digestos ambientales integrales) como herramientas de capacitación que recopilen principios básicos del derecho ambiental, como así también un compendio de la normativa ambiental local y de la principal jurisprudencia habida en la materia.
- g. Promover espacios de intercambio de experiencias.
- h. Optimizar la utilización de los recursos. En este sentido, advertimos en general la limitada disponibilidad de los mismos. Por ello proponemos apelar a la búsqueda de recursos a través de la cooperación internacional y a la transversalidad de la temática, introduciendo las cuestiones ambientales en las currículas ya existentes en las respectivas Escuelas Judiciales.
- i. Propender a la institucionalización de la capacitación ambiental de jueces y fiscales, considerando la importancia de implementar su evaluación y seguimiento.
- j. Incluir en los programas de capacitación a personal auxiliar de los juzgados y el Ministerio Público, y de la Administración Pública.

4. Como parte de la estrategia de incidencia asumimos el siguiente compromiso:

- a. En general, divulgar la presente Declaración en cada uno de nuestros respectivos ámbitos de actuación y participación.
- b. En particular, propiciar la presentación de la Declaración ante la Cumbre de Cortes Supremas de Justicia y Tribunales Superiores, el Encuentro de Consejos de la Judicatura y la Asamblea Anual de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos.

5. Respecto de la organización de la justicia y las competencias ambientales:

- a. Consideramos que todos los magistrados deben tomar las medidas inmediatas y necesarias para proteger al ambiente y a las personas, o todas aquellas medidas cautelares conducentes, aun cuando exista un debate respecto de la competencia.
- b. Resulta necesario esclarecer los problemas de competencia que se suscitan por la indefinición normativa y de interpretación por parte de los tribunales superiores, de lo contrario se pueden generar serias limitaciones al derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia.
- c. Propiciamos la creación de fueros especiales en materia ambiental, civil y penal, en los distintos órdenes jurisdiccionales. Sin perjuicio de ello, y hasta tanto sea posible su puesta en funcionamiento, es recomendable generar soluciones graduales o intermedias a tal fin.
- d. Propugnamos la creación de tribunales ambientales en el ámbito local y en el orden supranacional, con aptitud para fortalecer la idea del medio ambiente como derecho humano fundamental.
- e. Consideramos necesario construir indicadores vinculados a la actuación de la justicia con el objeto de avalar la creación de tribunales ambientales supranacionales.

6. A partir del conjunto de experiencias compartidas y las dificultades comunes identificadas en materia de coordinación e interacción entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y el Poder Judicial, advertimos la necesidad de concretar resultados en determinados aspectos, a saber:

- a. Reconocemos como requisito esencial generar y sistematizar la información relativa al desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, garantizando su libre acceso.
- b. Propiciamos la permanente comunicación entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial respecto de sus actuaciones en materia de desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Específicamente proponemos como un posible punto de partida, el intercambio de experiencias e información mediante redes nacionales y regionales.
- c. Instamos a la identificación de unidades técnicas de apoyo a los órganos encargados del desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental.
- d. Entendemos que debe ser optimizada la utilización de los recursos destinados al desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental.
- e. Como corolario, exhortamos a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a promover un diálogo interinstitucional, de carácter permanente, con miras a un mejor desarrollo, aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental.

7. En relación a la evaluación de la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público:

- a. Instamos a la implementación de políticas serias para la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en nuestros países.
- b. Consideramos que la temática de indicadores de eficiencia y eficacia debería vincularse a planes y políticas de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, a fin de evaluar su implementación.
- c. Consideramos oportuno fomentar la utilización de medios alternativos de solución de controversias (mediación, arbitrajes) a fin de incrementar la efectividad de la protección del ambiente y sumar como cooperantes a todas las partes actuantes en el ambiente afectado.

8. Consideramos fundamental promover la participación pública en la toma de decisiones ambientales, instalando en la sociedad una conciencia cívico-ambiental y propendiendo a la capacitación para la utilización de las herramientas jurídicas existentes.

9. Respecto de la información pública ambiental, decimos:

- a. Se debe reconocer o fortalecer, en su caso, el derecho de acceso ciudadano a la información pública en temas ambientales, como herramienta para conocer los derechos potencialmente afectados y así garantizar el acceso a la justicia.
- b. Para garantizar el acceso a la información pública ambiental resulta fundamental lograr procedimientos claros y sumarios, establecer la obligatoriedad de la difusión espontánea de la información por parte de los sectores públicos y privados, prever los mecanismos sancionatorios en caso de incumplimiento, como así también fijar límites al secreto industrial o militar, y la inversión de la carga de la prueba respecto de quien está obligado a dar la información.
- c. En este sentido, instamos a los organismos de la Administración Pública a facilitar a los jueces y fiscales el acceso a la información, rompiendo con la "cultura del secreto" muy frecuente en nuestros países.

10. En cuanto a los procesos judiciales vinculados a la protección del ambiente, decimos:

- a. Estimamos necesario contar en nuestros países con una acción jurisdiccional ambiental preventiva cuya sentencia tenga efectos disuasivos.
- b. Hacemos hincapié en la importancia de reconocer una legitimación activa amplia, real y no meramente formal, para acceder a la justicia en los procesos ambientales.

- c. Dada la complejidad que caracteriza a la problemática ambiental y la celeridad que requiere su resolución, los procesos para la tutela de intereses difusos deben ser sumárisimos. Asimismo, debe considerarse la gratuidad en este tipo de juicios.
- d. Debe darse prioridad al tratamiento de las causas que versen sobre derechos fundamentales, como la salud, la vida y el ambiente, por encima de las que traten cuestiones patrimoniales.
- e. A partir de algunas experiencias con resultados altamente positivos, consideramos que existen instancias de participación enriquecedoras para el acceso efectivo a la justicia que es menester promover, tales como la participación de los ciudadanos y del Ministerio Público en la promoción de causas ambientales y la figura del *amicus curiae*.
- f. Consideramos necesaria la utilización del sistema de la sana crítica —como método de valoración de la prueba y del juego de presunciones— en los procesos donde se ventilan cuestiones ambientales, a excepción de los procesos penales, dadas sus características inherentes.
- g. Debe propenderse a la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias, considerando que quien debe probar es aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, económicas, jurídicas o fácticas, respecto de los hechos conducentes.
- h. El acto de administrar justicia, particularmente en temas ambientales, no se agota en la aplicación literal de la norma: creemos necesario agudizar el ingenio y la creatividad interpretativa para dar respuestas eficaces a los conflictos planteados. Por esta causa, estamos convencidos de la necesidad de un juez activo en los procesos ambientales, que posea amplias facultades, tales como la de promover pruebas complementarias, incorporar pruebas no aportadas por las partes e imponer multas.
- i. No podemos dejar de resaltar la necesidad de contar con un cuerpo oficial de peritos para causas ambientales, como también de considerar del mismo tenor probatorio a la información proveniente de organismos públicos. Consideramos oportuno la celebración de convenios entre los órganos del Estado para facilitar el acceso a la información de pruebas ya producidas a fin de ser aprovechadas en otros procesos. Implicaría socializar la prueba y se evitaría duplicar esfuerzos.
- j. A fin de hacer más eficiente el trabajo de jueces y fiscales en las causas ambientales, se propone contar con cuerpos especializados de seguridad ambiental y de asesoramiento científico técnico en aquellos países que no contaran con esta modalidad.
- k. Consideramos fundamental fijar como regla general en los procesos la anticipación procesal de las pruebas y medidas cautelares, a fin de evitar la pérdida de las mismas.

- l. Estimamos de suma importancia la coordinación entre las distintas instancias jurisdiccionales en las causas ambientales.
- m. Consideramos oportuna la aplicación del principio *in dubio pro ambiente*.
- n. Debe reconocerse el alcance *erga omnes* de las sentencias en temas ambientales, debido a la naturaleza colectiva del derecho protegido.
- o. Observamos que deben existir procedimientos de ejecución de sentencia adecuados con los trámites sumarísimos ambientales, a fin de no desnaturalizar la garantía reconocida.

11. En relación con los procesos constitucionales y la protección ambiental:

- a. Reconocemos la necesidad de incorporar el derecho humano a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida, a aquellas constituciones de América Latina que no lo contemplen. Asimismo, es indispensable incorporar los principios ambientales contenidos en tratados y convenios internacionales a las legislaciones internas.
- b. Consideramos que los derechos reconocidos a nivel constitucional deben ser exigibles sin la necesidad de una reglamentación legal, como expresión de la supremacía de la Constitución (reconocimiento del principio *in dubio pro ambiente*).
- c. Creemos necesario reforzar el bien jurídico protegido en nuestros sistemas constitucionales y legales e incorporar la obligación de conservar los recursos naturales y proteger el desarrollo sostenible.
- d. Sostenemos que no se debe restringir el acceso a la justicia en materia de garantías constitucionales por cuestiones formales innecesarias. Lo procesal es tributario pero no condicionante de los derechos reconocidos por la Constitución.
- e. Propiciamos el uso de acciones constitucionales con procedimientos ágiles (en algunos países es el caso de la acción de amparo).
- f. Creemos necesario incorporar o ampliar la obligación de recomponer el daño causado al ambiente, respecto de los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de garantías constitucionales que tutelan este derecho, además de la paralización del acto principal.

12. Respecto de la acción civil ambiental y el proceso por daño ambiental, decimos:

- a. Hacemos hincapié en la necesidad de reconocer una legitimación activa amplia en el proceso por daño ambiental, no restringiendo el acceso a la jurisdicción de las organizaciones no gubernamentales. En este sentido, estimamos fundamental incorporar y/fortalecer las acciones colecti-

- vas y populares por daño ambiental en la región y mitigar la incidencia de los costos y costas en la legitimación.
- b. Planteamos la necesidad de reconocer la facultad de impulsar la acción de daño ambiental por parte del Ministerio Público, en aquellos ordenamientos que no lo contemplen.
 - c. Instamos a los jueces y fiscales de la región a aplicar el principio de precaución.
 - d. En los procesos por daño ambiental, consideramos auspiciosa la utilización de la caución juratoria, y la exención del pago de la caución por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar una medida cautelar.
 - e. Proponemos como medio de financiamiento para la producción de la prueba la creación de fondos conformados con montos provenientes de sanciones administrativas ambientales. Asimismo, y con la finalidad de facilitar la producción de la prueba, propugnamos la cooperación de organismos administrativos y universidades, como así también la celebración de convenios de cooperación con entidades internacionales que puedan aportar conocimientos y tecnologías.
 - f. Estimamos de sumo interés la capacitación de los jueces en técnicas de valoración del daño ambiental.
 - g. Instamos a la incorporación del factor de atribución de responsabilidad objetiva en aquellos países de Latinoamérica que no lo contemplen en sus ordenamientos jurídicos.
 - h. Proponemos la cuantificación del daño al medio ambiente como adicional al daño material y la necesidad de establecer criterios de valoración de los bienes y servicios ambientales.
 - i. Planteamos la necesidad de ampliar el instituto del beneficio de litigar sin gastos a la acción de reparación y de prevención del daño ambiental.
 - j. Instamos a que, en el contenido de las sentencias, se recepte el principio de la reparación integral del daño.
 - k. Estimamos de suma utilidad incluir en el decisorio la modalidad de seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

13. Respecto de la acción penal ambiental:

- a. Consideramos que, al legislar en materia de delitos contra el ambiente, se debe definir en el tipo penal el núcleo de lo prohibido, como también incriminar su comisión imprudente, previa determinación de la técnica legislativa adecuada y compatible con el respeto de los principios constitucionales vigentes en cada uno de los países.
- b. Exhortamos al acabado cumplimiento y fortalecimiento de las normas sancionatorias previstas por el derecho administrativo.

- c. Con respecto a la legitimación, consideramos positivo que la capacidad para denunciar delitos ambientales sea amplia, como también que se garantice el derecho a ser querellante al ofendido, a las organizaciones de la sociedad civil y al Defensor del Pueblo.
- d. Es necesario reconocer al Ministerio Público un rol más activo en materia de delitos ambientales, en aquellos países que no lo contemplen, y la legitimación para que sus funcionarios puedan simultáneamente ejercitar acciones públicas ambientales no penales.
- e. Es menester garantizar legislativamente la fuerza probatoria de los dictámenes e informes, que en el marco de las acciones penales ambientales puedan solicitarse a organismos públicos, universidades, organizaciones no gubernamentales.
- f. Resulta de importancia permitir que jueces y fiscales adopten medidas de urgencia como medidas de prevención para suspender o paralizar un hecho que daña al ambiente y generar mecanismos de coordinación con el Poder Judicial en los países en los que el fiscal no posee esta facultad.
- g. Es indispensable propender a que la sociedad civil se involucre en la investigación criminal de los hechos que han dañado al ambiente.
- h. Se observa como apropiada la utilización de medidas alternativas, tanto como base para la investigación de los delitos ambientales cuanto para solucionar los conflictos de esa índole, evitando las consecuencias perjudiciales y antagonismos derivados de la aplicación de sanciones penales.

14. Convencidos de la necesidad de fortalecer el rol de los fiscales de América Latina abocados a la temática ambiental y dada la relevancia de su intervención en los procesos judiciales, promovemos:

- a. La creación de nuevas Asociaciones de Fiscales y Abogados del Ministerio Público Fiscal en defensa del Medio Ambiente y el fortalecimiento de las existentes.
- b. La ampliación de esa iniciativa, en la conformación de una Federación Latinoamericana de Fiscales Ambientalistas.
- c. La organización de un sitio web con el objeto de acumular información y documentación dirigida a la investigación de los delitos en la materia.
- d. Empezar, en el marco de la Federación de Fiscales propuesta, la realización de cursos de formación y adiestramiento en la tarea de establecer el valor económico del daño o la degradación ambiental.

Los firmantes:

Sr. Juan Araya Elizalde

(Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile)

Sra. Lucía Arbeláez de Tobón

(Juez de la Sala Administrativa del Consejo de la Magistratura, Colombia)

Sr. Gustavo Azpeitia

(Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, Viedma, Río Negro, Argentina)

Sr. Carlos Báez

(Secretario General del Instituto de la Judicatura Federal, México)

Sr. Santiago Bahamondes

(Prosecretario Letrado en la Fiscalía General N° 1, Capital Federal, Argentina)

Sr. Carlos Balbín

(Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Dino Berdini

(Unidad de Investigaciones Ambientales de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Argentina)

Sr. Néstor Cafferatta

(Con-Juez, Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Adolfo Campos

(Asistente del Director de la Escuela Judicial, Panamá)

Sr. Héctor Carreño Seaman

(Ministro de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile)

Sr. Mario Gustavo Costa

(Juez de Cámara, Tribunal Oral Federal Criminal N° 1, Argentina)

Sr. José Ernesto Criollo

(Director de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador)

Sr. Jaime Cruz Justiniano

(Juez de Sentencia en lo Penal, Santa Cruz, Bolivia)

Sr. Marcelo Dolzany Da Costa

(Juez Federal de Minas Gerais, Brasil)

Sr. Jorge Douglas Price

(Juez de Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Argentina)

Sr. Sergio Dugo

(Juez Federal 2° Instancia, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina)

Sr. Raúl Alejandro Fernández

(Prosecretario de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Chaco, Argentina)

Sra. Lucía Arbeláez de Tobón

(Juez de la Sala Administrativa del Consejo de la Magistratura, Colombia)

Sr. Gustavo Azpeitia

(Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, Viedma, Río Negro, Argentina)

Sr. Carlos Báez

(Secretario General del Instituto de la Judicatura Federal, México)

Sr. Santiago Bahamondes

(Prosecretario Letrado en la Fiscalía General N° 1, Capital Federal, Argentina)

Sr. Carlos Balbín

(Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Dino Berdini

(Unidad de Investigaciones Ambientales de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Argentina)

Sr. Néstor Cafferatta

(Con-Juez, Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, Argentina)

Sr. Adolfo Campos

(Asistente del Director de la Escuela Judicial, Panamá)

Sr. Héctor Carreño Seaman

(Ministro de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile)

Sr. Mario Gustavo Costa

(Juez de Cámara, Tribunal Oral Federal Criminal N° 1, Argentina)

Sr. José Ernesto Criollo

(Director de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador)

Sr. Jaime Cruz Justiniano

(Juez de Sentencia en lo Penal, Santa Cruz, Bolivia)

Sr. Marcelo Dolzany Da Costa

(Juez Federal de Minas Gerais, Brasil)

Sr. Jorge Douglas Price

(Juez de Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Argentina)

Sr. Sergio Dugo

(Juez Federal 2° Instancia, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina)

Sr. Raúl Alejandro Fernández

(Prosecretario de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, Chaco, Argentina)

- Sr. Manuel Fortín Aguilar**
(Director de la Escuela Judicial, Honduras)
- Sr. Anderson Furlan Freire Da Silva**
(Juez Federal Substituto, Brasil)
- Sra. Yalitzá García**
(Directora General del Ambiente, Ministerio Público, Caracas, Venezuela)
- Sra. María Cristina Garrós M.**
(Juez de Corte de Salta y Directora del Departamento de Modernización de la Escuela de la Magistratura de Salta)
- Sr. Antonio Gustavo Gómez**
(Fiscal General de la Cámara Federal de Tucumán, Argentina)
- Sr. Juan Pablo González**
(Fiscal, Costa Rica)
- Sr. Eduardo Raúl Graña**
(Director Académico de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, Argentina)
- Sra. Adriana Guillén**
(Procuradora Delegada para Asuntos Ambientales, Colombia)
- Sr. Alfredo Gusman**
(Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
- Sr. Henrique Luiz Hartmann**
(Juez Federal, 2ª Vara Federal de Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil)
- Sr. Antonio Herman de Vasconcellos**
(Fiscal, Brasil)
- Sr. Gabriel Darío Jarque**
(Secretario de la Fiscalía General, Coordinador de la Unidad de Investigaciones Ambientales, Bahía Blanca, Argentina)
- Sr. Eduardo Pablo Jiménez**
(Juez Federal 1º Instancia de Mar del Plata, Argentina)
- Sr. Miguel Jurado Fabara**
(Fiscal Ambiental, Ecuador)
- Sr. Ernesto Lechuga Pino**
(Director General de la Academia de la Magistratura, Perú)
- Sr. Ivan Lira Carvalho**
(Juez Federal Titular de 5ª Vara, Rio Grande do Norte, Brasil)
- Sr. Eduardo Lombardi**
(Director del Centro de Estudios Judiciales, Uruguay)
- Sra. Patricia López Vergara**
(Juez de 1º Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

- Sr. Raúl Madueño**
(Vicepresidente de la Cámara Nacional de Casación Penal, Argentina)
- Sr. Ricardo Merlo Faella**
(Fiscal, Paraguay)
- Sra. María Angélica Nigro**
(Secretaria Abogado del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago de Chile, Chile)
- Sr. Marcos Oliva Day**
(Fiscal de Puerto Deseado, Santa Cruz, Argentina)
- Sra. Frinette Padilla Jiménez**
(Juez, República Dominicana)
- Sr. Vladimir Passos de Freitas**
(Juez Federal Presidente del Tribunal Regional Federal de 4º Región, Brasil)
- Sr. José Antonio Peláez Bardales**
(Fiscal Supremo Adjunto en lo Penal, Perú)
- Sr. Rubén Pereyra**
(Fiscal General Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina)
- Sra. Alicia Pucheta de Correa**
(Juez, Paraguay)
- Sr. José Quesada**
(Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, Guatemala)
- Sr. Arturo Ramírez Sánchez**
(Juez del Tribunal Colegiado en Materia Civil, México)
- Sr. Carlos Javier Ramos Miranda**
(Instituto de la Judicatura, Bolivia)
- Sr. Jorge Marcelo Silva**
(Unidad de Investigaciones Ambientales de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Argentina)
- Sr. Juan Carlos Silva Opazo**
(Juez del Juzgado de Garantía Calbuco, Chile)
- Sr. Jarbas Soares Sunior**
(Procurador de Justicia de Medio Ambiente de Minas Gerais, Brasil)
- Sra. Roxana Sobenes**
(Asesora Legal en Medio Ambiente del Ministerio Público, Guatemala)
- Sr. Joaquín Talavera**
(Director de la Escuela Judicial, Nicaragua)
- Sr. Enrique Viana Ferreira**
(Fiscal Nacional Civil, Uruguay)
- Sra. Mariana Yepez**
(Fiscal General, Ecuador)

Conclusiones del Taller binacional
"Garantías judiciales para la protección del medio ambiente"

Organizado por FREPLATA, CEJU, Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la República Argentina y FARN

24 y 25 de abril de 2004
Hotel "Nirvana" - Colonia Suiza

En Colonia Suiza, República Oriental del Uruguay, los días 24 y 25 de abril de 2004, se reunieron magistrados de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay en el Taller binacional "Garantías judiciales para la protección del medio ambiente" junto con representantes de las instituciones organizadoras del evento, a saber: el Proyecto de Protección Ambiental del Río de la Plata y su Frente Marítimo (FREPLATA), el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la República Argentina y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), arribando a las siguientes conclusiones:

1. El presente Taller fue realizado como un aporte técnico-jurídico para el Proyecto FREPLATA, teniendo presente lo estipulado en el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo en cuanto a la tutela del medio ambiente. Merece recordarse que las competencias de las dos Comisiones Binacionales creadas en aquel instrumento incluyen las de realización conjunta de investigaciones de carácter científico y la formulación de planes en materia de prevención de la contaminación. Ello, a los fines de estimular el desarrollo de canales de comunicación entre ambos países para la unificación de criterios en la implementación de la normativa sobre actividades que puedan degradar el área geográfica de aplicación del Tratado.
2. Resulta necesario incorporar la temática ambiental a los programas de capacitación de jueces, promoviendo espacios de intercambio de experiencias comunes a ambos países mediante la realización de talleres, jornadas de capacitación, y toda actividad destinada al mismo propósito.
3. La administración de justicia en el campo ambiental requiere el rol activo del juez y el desarrollo de criterios de interpretación adecuados, específicos y eficaces para la resolución de los conflictos.
4. Es fundamental el reconocimiento del derecho humano al ambiente en carácter de derecho subjetivo público de pertenencia colectiva.
5. Las cuestiones procesales no deben condicionar la efectividad de los derechos sustantivos en materia ambiental.

6. En materia ambiental, el acceso a la justicia no debe verse limitado por la incidencia de factores económicos.
7. Es menester contar en nuestros países con instrumentos procesales de carácter preventivo para la efectiva protección del ambiente.
8. Los conflictos de competencia no deben entorpecer ni demorar el dictado de las medidas cautelares urgentes destinadas a evitar el daño ambiental.
9. Es necesario establecer una legitimación amplia, real y no meramente formal, para acceder a la justicia en las diversas jurisdicciones donde se planteen los procesos ambientales.
10. Es menester impulsar la participación de los ciudadanos y del Ministerio Público en la promoción de las causas ambientales y estudiar la adecuada implementación de figuras tales como la del *amicus curiae*.
11. Es conveniente que los cuerpos oficiales de peritos cuenten con especialistas en el área ambiental, de actuación interdisciplinaria.
12. Resulta oportuno recordar que en materia ambiental rigen los principios *in dubio pro ambiente*, *pro homine* y *alterum non laedere*.
13. Dada la complejidad de la temática resulta conveniente que los órganos legislativos sancionen normas eficaces en materia ambiental.
14. Se considera conveniente recordar que la responsabilidad primaria en la aplicación de las normas ambientales recae sobre el poder administrador.
15. Debe jerarquizarse la función del Poder Judicial en el control y revisión de la actividad administrativa, teniendo en consideración la responsabilidad por acción u omisión.
16. La aplicación del Derecho Penal debe constituirse como *ultima ratio* frente a un conflicto de carácter ambiental.
17. Se destaca la importancia de aplicar los principios de prevención y precaución en los procesos en los cuales se traten cuestiones ambientales y en especial el daño ambiental.
18. Se propone como medio de financiamiento para la producción de la prueba la creación de fondos con asignación específica.
19. Resulta necesaria la contratación obligatoria de seguros ambientales a quienes realicen actividades riesgosas. En este sentido se considera conveniente el establecimiento de máximos indemnizatorios para viabilizar dicha contratación.
20. Es menester proceder a la creación e instrumentación de fondos de compensación destinados a la recomposición del daño ambiental.
21. Resulta conveniente establecer un mecanismo adecuado para la reparación del daño ambiental como así también fijar criterios específicos para proceder a su valoración.

Por último, los abajo firmantes destacan el resultado positivo del Taller, que ha demostrado el valioso aporte derivado de este tipo de encuentros técnico-jurídicos, en lo que se refiere al intercambio de ideas y al mejor conocimiento del orden normativo de ambos países, su aplicación y desarrollo, en particular en lo relativo a la tutela de los bienes ambientales. Por ello, se aconseja la realización de futuros eventos a los efectos de avanzar en este proceso.

Los firmantes:

- Dra. Graciela Amabile Cibils,**
Juez Nacional en lo Civil (Argentina)
- Dra. Graciela Berro Rovira,**
Juez Letrado en lo Civil (Uruguay)
- Dra. Silvia Blanc Sosa,**
Fiscal Letrado Departamental (Uruguay)
- Dr. Juan Vicente Cataldo,**
Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario (Argentina)
- Dra. Marina Cossio de Mercau,**
Presidente Cámara Federal de Tucumán (Argentina)
- Dr. Mario Gustavo Costa,**
Juez Tribunal Oral Federal (Argentina)
- Dra. María Victoria Couto,**
Ministro Tribunal en lo Civil (Uruguay)
- Dra. María Cristina Crespo Haro,**
Juez Letrado de Concursos (Uruguay)
- Dra. María Eugenia Di Paola,**
Directora Área de Investigación y Capacitación FARN (Argentina)
- Dr. Guillermo Jorge Enderle,**
Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (Argentina)
- Dra. María Marcela Flores,**
Especialista Sectorial Adjunta Asuntos Jurídicos e Institucionales del Proyecto FREPLATA (Argentina)
- Dr. José María Gamio,**
Asesor Jurídico de la Delegación Uruguaya ante la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo (Uruguay)
- Dr. Enrique García Vitor,**
Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (Argentina)
- Dra. Gabriela García Minella,**
Secretaria de la Unidad Fiscal de Delitos Culposos y contra el Medio Ambiente Departamento Judicial Mar del Plata (Argentina)
- Dr. Eduardo Graña,**
Director de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la República Argentina

- Dr. Eduardo Jiménez,**
Juez Federal de Mar del Plata (Argentina)
- Dr. Eduardo Lombardi,**
Director del CEJU, Ministro de Tribunal de Apelaciones en lo Penal
(Uruguay)
- Dr. Raúl Madueño,**
Juez de la Cámara Nacional de Casación Penal (Argentina)
- Dra. Gabriela Merialdo Cobelli,**
Juez Letrado en lo Penal (Uruguay)
- Dra. Lilián Morales Larrosa,**
Juez Letrado en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Andrés M. Nápoli,**
Director Área de Participación Ciudadana de FARN (Argentina)
- Dr. Carlos Negro,**
Fiscal Letrado Departamental (Uruguay)
- Dr. Juan Oribe Stemmer,**
Especialista Sectorial Asuntos Jurídicos e Institucionales del Proyecto
FREPLATA (Uruguay)
- Dr. Ignacio Peña,**
Delegado Argentino ante la Comisión Administradora del Río de la Plata
(Argentina)
- Dr. Alberto Reyes Oehninger,**
Juez Letrado en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Daniel A. Sabsay,**
Director Ejecutivo de FARN (Argentina)
- Dra. Dolores Sánchez,**
Juez Letrado Departamental (Uruguay)
- Dr. José Sciandro,**
Asesor Proyecto FREPLATA (Uruguay)
- Dra. Ana Inés Sotomayor,**
Juez Nacional en lo Civil (Argentina)
- Dr. Juan Pedro Tobía Fernández,**
Ministro Tribunal en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Eduardo Turell Araquistain,**
Ministro Tribunal en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Enrique Viana Ferreira,**
Fiscal Letrado Nacional en lo Civil (Uruguay)

- Dr. Eduardo Jiménez,**
Juez Federal de Mar del Plata (Argentina)
- Dr. Eduardo Lombardi,**
Director del CEJU, Ministro de Tribunal de Apelaciones en lo Penal (Uruguay)
- Dr. Raúl Madueño,**
Juez de la Cámara Nacional de Casación Penal (Argentina)
- Dra. Gabriela Merialdo Cobelli,**
Juez Letrado en lo Penal (Uruguay)
- Dra. Lilián Morales Larrosa,**
Juez Letrado en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Andrés M. Nápoli,**
Director Área de Participación Ciudadana de FARN (Argentina)
- Dr. Carlos Negro,**
Fiscal Letrado Departamental (Uruguay)
- Dr. Juan Oribe Stemmer,**
Especialista Sectorial Asuntos Jurídicos e Institucionales del Proyecto FREPLATA (Uruguay)
- Dr. Ignacio Peña,**
Delegado Argentino ante la Comisión Administradora del Río de la Plata (Argentina)
- Dr. Alberto Reyes Oehninger,**
Juez Letrado en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Daniel A. Sabsay,**
Director Ejecutivo de FARN (Argentina)
- Dra. Dolores Sánchez,**
Juez Letrado Departamental (Uruguay)
- Dr. José Sciandro,**
Asesor Proyecto FREPLATA (Uruguay)
- Dra. Ana Inés Sotomayor,**
Juez Nacional en lo Civil (Argentina)
- Dr. Juan Pedro Tobía Fernández,**
Ministro Tribunal en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Eduardo Turell Araquistain,**
Ministro Tribunal en lo Civil (Uruguay)
- Dr. Enrique Viana Ferreira,**
Fiscal Letrado Nacional en lo Civil (Uruguay)

LOS PRINCIPIOS DE LIMA

Preámbulo

Afirmando la convicción de que las libertades de expresión e información son fundamentales para la existencia misma de toda sociedad democrática y esenciales para el progreso, bienestar y disfrute de todos los derechos humanos;

Reconociendo que estos derechos son inherentes y que no los otorga ni concede el Estado, ni puede desconocerlos, y que resulta indispensable su protección;

Recordando que los instrumentos internacionales y regionales que protegen estos derechos fundamentales imponen a los Estados la obligación no sólo de observar sino de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos¹;

Reconociendo las importantes iniciativas adoptadas por la sociedad civil para hacer efectivos estos derechos, particularmente la Declaración de Chapultepec, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los Principios de Johannesburgo;

Saludando los importantes esfuerzos que hacen los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos para promover y proteger las libertades de expresión e información;

Afirmando que es indispensable que las personas tengan acceso a la información en poder del Estado para asegurar que la conducta de sus gobernantes pueda ser fiscalizada, para permitirle a los ciudadanos participar plenamente en una sociedad democrática y garantizar el disfrute de otros derechos humanos.

Considerando que la transparencia reduce las posibilidades de los abusos del poder, que la libertad de información en situaciones de transición democrática contribuye a la verdad, la justicia y la reconciliación; y que la falta de información dificulta la transición y le resta credibilidad;

¹ Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reiterando que la seguridad nacional nunca justifica las restricciones a la libertad de expresión y acceso a la información contrarias al interés público de acuerdo a estos principios;

Convenimos en los siguientes principios y urgimos a las autoridades, funcionarios y personas en el ámbito local, nacional, regional e internacional a que se comprometan a adoptar las medidas necesarias para promover su difusión, aceptación y puesta en vigencia.

1. El acceso a la información como derecho humano

Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones sin interferencias de las autoridades públicas, previa censura ni restricciones indirectas por el abuso de controles oficiales, y sin necesidad de expresar la causa que motive su ejercicio. El acceso a la información es un derecho de las personas y al mismo tiempo una exigencia de una sociedad democrática. Es un derecho tanto de quienes lo ejercen en forma activa como de quienes esperan recibir la información a través de los medios de comunicación y/o de fuentes oficiales.

2. El acceso a la información en una sociedad democrática

Todas las personas tienen derecho a fiscalizar de manera efectiva la labor de la administración estatal, de los poderes del Estado en general y de las empresas que prestan servicios públicos. Para hacerlo, necesitan conocer la información que obra en su poder. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de las personas la información que requieran en forma oportuna y completa. Es responsabilidad gubernamental crear y mantener registros públicos de manera seria y profesional para que el derecho a la información pueda ejercerse a plenitud. Ningún registro podrá ser destruido arbitrariamente. Se requiere de una política pública que preserve y desarrolle una memoria corporativa en las instituciones gubernamentales.

3. Transparencia y desarrollo

El acceso a la información es indispensable para el escrutinio y el debate adecuado sobre las acciones de gobierno, condiciones éstas no sólo esenciales para la transparencia en la gestión de las entidades públicas, sino también para evitar la corrupción y otros abusos del poder. Este derecho permite que las personas participen en los asuntos públicos, en la toma de decisiones, y en general, permite identificar las responsabilidades de los servidores públicos, valorar objetivamente los hechos, y formarse una opinión alcanzando mayores niveles de participación en la vida política, económica, social y cultural en un país.

4. Obligación de las autoridades

La información pertenece a los ciudadanos. La información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno; éste tiene la información sólo en cuanto representante de los ciudadanos. El Estado y las empresas que prestan servicios públicos, están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas y adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para promover el respeto a este derecho y asegurar su reconocimiento y aplicación efectivos. El Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con la debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y a prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores. La conducta de funcionarios que nieguen el acceso a la información o la existencia de legislaciones contrarias a la misma, vulneran este derecho.

5. El periodismo y el acceso a la información

Es obligación de los gobiernos garantizar y respetar el ejercicio periodístico y la libertad e independencia de los medios de comunicación. Con este fin, a los periodistas se les debe asegurar las condiciones para acceder a la información y difundirla en el ejercicio de su profesión. Los funcionarios que interfieran con ello deben ser sancionados.

6. Protección de las fuentes periodísticas

Ningún periodista puede ser obligado por el Poder Judicial o cualquier otro funcionario o autoridad pública a revelar sus fuentes de información o el contenido de sus apuntes y archivos personales y profesionales.

7. Legislación sobre acceso a la información

Las normas que desarrollen este derecho deben garantizar la máxima transparencia y reconocer que toda persona puede ejercerlo; que la información puede obtenerse en el soporte material indicado por el solicitante o al menos en el formato en que se disponga; que cuando exista un costo por la búsqueda y los procesos subsecuentes hasta la entrega o transmisión de la información, éste será asumido por el solicitante mediante el pago de una tasa que no excederá el costo del servicio; que el plazo para permitir el acceso o entrega de la información debe ser oportuno y razonable; y que se establecerán sanciones adecuadas a los funcionarios que se nieguen a brindar la información solicitada.

8. Excepciones al acceso a la información

Sólo por normas legítimas de nivel constitucional o con rango de ley acordes con los principios que orientan una sociedad democrática, se regularán las excepciones al acceso a la información en forma limitada y siempre que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional y/o el derecho legítimo del individuo a la intimidad. No podrán mantenerse informaciones secretas amparadas en normas no publicadas. Las personas o funcionarios que no den acceso a la información solicitada deberán justificar su negativa por escrito y demostrar que ella está comprendida en el régimen restringido de excepciones. Si es requerida por el solicitante, una autoridad judicial imparcial y competente podrá revisar la validez de dicha negativa y disponer la entrega de la información. Es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La ley, habiendo determinado los casos específicos de información clasificada, establecerá plazos y procedimientos razonables para su desclasificación tan pronto como el interés de seguridad nacional lo permita. En ningún caso una información podrá ser mantenida clasificada indefinidamente.

9. Protección de las fuentes

Cualquier persona o servidor público que divulgue información clasificada en las restricciones antedichas no deberá ser sujeta a represalias si es que el interés público a estar informado prevalece sobre las consecuencias que pudiera ocasionar su divulgación. En tales casos, podrán acceder a un régimen especial de protección.

10. Protección legal del acceso a la información

La autonomía e independencia del Poder Judicial es fundamental para garantizar el derecho de acceso a la información en caso de negativa de las autoridades y funcionarios o de restricciones a su ejercicio. Una intervención jurisdiccional ágil e inmediata es indispensable para proteger este derecho y generar credibilidad y transparencia en el ejercicio del poder. A estos mecanismos judiciales de protección se une el derecho de acceder a otras instituciones tales como la Defensoría del Pueblo, así como a las instancias supranacionales establecidas para la tutela de éste u otros derechos.

Toda disposición o norma existente que contravenga estos principios deberá ser derogada.

Lima, 16 de noviembre de 2000

Abid Hussain

Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU

Santiago Canton

Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la OEA

Robert Cox

Primer Vicepresidente de la Sociedad Interamericana de Prensa

Rafael Molina

Presidente de la Comisión de Libertad de Prensa e Información de la Sociedad Interamericana de Prensa

Enrique Zileri

Presidente del Consejo de la Prensa Peruana

Samuel Abad

Defensoría del Pueblo, Perú

Francis D'Souza

Westminster Foundation for Democracy, Reino Unido

Malcolm Smart

Human Rights Watch, Estados Unidos

Sandra Coliver

Fundación Internacional de Sistemas Electorales, Estados Unidos

Hans Landolt

Instituto de Defensa Legal, Perú

Hugo Guerra

Diario El Comercio, Perú

Kela Leon

Consejo de la Prensa Peruana, Perú

Gonzalo Quijandria

Apoyo Comunicaciones, Perú

Mabe Arce

Embajada Británica en el Perú.

Martine Anstett

Relatoría de Libertad de Prensa Naciones Unidas

Luis Peirano

Pontificia Universidad Católica del Perú

MECANISMOS INTERNACIONALES PARA LA PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

DECLARACIÓN CONJUNTA*

El Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión

Habiéndose discutido estos temas en Londres y de manera virtual con el apoyo de *Artículo 19, Campaña Mundial para la Libertad de Expresión*;

Recordando y reafirmando sus Declaraciones Conjuntas del 26 de noviembre de 1999, del 30 de noviembre de 2000, del 20 de noviembre de 2001, del 10 de diciembre de 2002 y del 18 de diciembre de 2003;

Observando el reconocimiento cada vez mayor del derecho fundamental al acceso de información en poder de las autoridades públicas (al que a veces se hace referencia como el derecho a la libertad de información), en las declaraciones internacionales autorizadas;

Aplaudiendo el hecho de que un gran número de países, en todas las regiones del mundo, han adoptado leyes que reconocen el derecho de acceso a la información y que el número de estos países está aumentando a un ritmo constante;

Reconociendo la importancia fundamental del acceso a la información para la participación democrática, la rendición de cuentas de los gobiernos y el control de la corrupción, así como para la dignidad personal y la eficiencia en los negocios;

Condenando los intentos de algunos gobiernos de limitar el acceso a la información, bien negándose a adoptar leyes de acceso a la información o adoptando leyes que no cumplen con las normas internacionales en esta área;

Subrayando la necesidad de contar con "válvulas de seguridad" de la información, tales como la protección de las personas que denuncian la existencia de prácticas ilegales o corruptas y la protección de los medios y otros agentes que divulgan información en el interés público;

Celebrando el compromiso de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de adoptar un mecanismo regional para la promoción del derecho a la libertad de expresión y observando la necesidad de contar con me-

canismos especializados para promover la libertad de expresión en todas las regiones del mundo;

Adoptan, el 6 de diciembre de 2004, la siguiente Declaración:

Sobre el acceso a la información

El derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las leyes de libertad de acceso a información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones.

Las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público. Se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación.

El acceso a la información es un derecho de los ciudadanos. Como resultado, el proceso para acceder a la información deberá ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo.

El derecho de acceso a la información deberá estar sujeto a un sistema restringido de excepciones cuidadosamente adaptado para proteger los intereses públicos y privados preponderantes, incluida la privacidad. Las excepciones se aplicarán solamente cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público en general de tener acceso a la información. La autoridad pública que procure denegar el acceso debe demostrar que la información está amparada por el sistema de excepciones.

Las autoridades públicas deberán tener la obligación de cumplir con las normas mínimas de gestión de archivos. Se establecerán sistemas para promover normas más elevadas con el paso del tiempo.

En caso de discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación.

Aquellos que soliciten información deberán tener la posibilidad de apelar cualquier denegación de divulgación de información ante un órgano independiente con plenos poderes para investigar y solucionar dichos reclamos.

Las autoridades nacionales deberán tomar medidas activas a fin de abordar la cultura del secretismo que todavía prevalece en muchos países dentro del sector público. Esto deberá incluir el establecimiento de sanciones para aquellos que deliberadamente obstruyen el acceso a la información. También se deberán adoptar medidas para promover una amplia sensibilización pública sobre la ley de acceso a la información.

Se deberán tomar medidas, incluyendo la asignación de los recursos y atención necesarios, a fin de asegurar la implementación eficaz de la legislación sobre acceso a la información.

Sobre la legislación que regula secreto

Se deberán tomar medidas inmediatas a fin de examinar y, en la medida necesaria, derogar o modificar la legislación que restrinja el acceso a la información a fin de que concuerde con las normas internacionales en esta área, incluyendo lo reflejado en esta Declaración Conjunta.

Las autoridades públicas y funcionarios tienen la responsabilidad exclusiva de proteger la confidencialidad de la información secreta legítimamente bajo su control. Otros individuos, incluidos los periodistas y representantes de la sociedad civil, no deberán estar nunca sujetos a sanciones por la publicación o ulterior divulgación de esta información, independientemente de si ha sido filtrada o no, a no ser que cometan fraude u otro delito para obtener la información. Las disposiciones del derecho penal que no limitan las sanciones por la divulgación de secretos de Estado para aquellos que están oficialmente autorizados a manejar esos secretos deberán ser derogadas o modificadas.

Cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes. Sin embargo, las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación "secreta" para evitar la divulgación de información que es de interés público. Las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberán establecer límites generales con respecto al período de tiempo durante el cual los documentos pueden mantenerse secretos. Dichas leyes deberán estar sujetas al debate público.

Los denunciantes de irregularidades (*whistleblowers*) son aquellos individuos que dan a conocer información confidencial o secreta a pesar de que tienen la obligación oficial, o de otra índole, de mantener la confidencialidad o el secreto. Los denunciantes que divulgan información sobre violaciones de leyes, casos graves de mala administración de los órganos públicos, una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente, o una violación de los derechos humanos o del derecho humanitario deberán estar protegidos frente sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de "buena fe".

Ambeyi Ligabo

Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión

Miklos Haraszti

Representante de la OSCE para Libertad de los Medios de Comunicación

Eduardo Bertoni

Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión

LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES

Prólogo

1. Las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (en adelante, las *Directrices*) son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales. Enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables. La vocación de las *Directrices* es garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible. Las *Directrices* forman parte de la *Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales*, cuyos restantes elementos se refieren al tratamiento nacional, a las obligaciones contradictorias impuestas a las empresas y a los incentivos y desincentivos a la inversión internacional.

2. La actividad empresarial internacional ha registrado un cambio estructural de gran alcance y las propias *Directrices* han evolucionado para reflejar estos cambios. Con el surgimiento de las industrias de servicios y de las que se basan en el conocimiento, las empresas de servicios y tecnología han hecho su aparición en el mercado internacional. Las grandes empresas siguen siendo responsables de una parte significativa de la inversión internacional y se constata una tendencia hacia las fusiones internacionales de gran escala. Simultáneamente, también ha aumentado la inversión extranjera realizada por empresas pequeñas y medianas, las cuales desempeñan actualmente un papel significativo en el panorama internacional. Las empresas multinacionales, al igual que sus homólogas nacionales, han evolucionado para abarcar un abanico más amplio de disposiciones empresariales y tipos de organización. Las alianzas estratégicas y las relaciones más estrechas con proveedores y contratistas tienden a desdibujar los límites de la empresa.

3. La rápida evolución de la estructura de las empresas multinacionales también tiene su reflejo en sus actividades en los países en vías de desarrollo, en los que la inversión extranjera directa ha registrado un rápido crecimiento. Las empresas multinacionales han diversificado sus actividades en los países en vías de desarrollo, antes limitadas a la producción primaria y a las industrias extractivas,

adentrándose ahora en la fabricación y montaje, el desarrollo del mercado interior y los servicios.

4. Las actividades de las empresas multinacionales han fortalecido y desarrollado a través del comercio y la inversión internacional los lazos que unen entre sí a las economías de los países de la OCDE y los que unen a éstas al resto del mundo. Estas actividades traen consigo importantes beneficios para los países de origen y de acogida. Estas ventajas crecen cuando las empresas multinacionales suministran a precios competitivos los productos y servicios que desean comprar los consumidores y cuando proporcionan rentabilidades justas a los oferentes de capital. Sus actividades comerciales e inversoras contribuyen al uso eficiente del capital, de la tecnología y de los recursos humanos y naturales. Facilitan la transferencia de tecnología entre las regiones del mundo y el desarrollo de tecnologías adaptadas a las condiciones locales. Las empresas multinacionales también contribuyen, mediante la capacitación formal y la formación en el propio trabajo, al desarrollo del capital humano en los países de acogida.

5. La naturaleza, el alcance y la rapidez de los cambios económicos han traído consigo nuevos desafíos estratégicos para las empresas y para los terceros interesados en su evolución. Las empresas multinacionales tienen la oportunidad de poner en marcha políticas de prácticas ejemplares encaminadas al desarrollo sostenible que persigan garantizar una coherencia entre los objetivos sociales, económicos y medioambientales. La capacidad de las empresas multinacionales para promover el desarrollo sostenible mejora sustancialmente cuando se desarrolla la actividad comercial e inversora en un contexto de mercados abiertos, competitivos y adecuadamente regulados.

6. Muchas empresas multinacionales han demostrado que el respeto de normas de conducta estrictas puede mejorar el crecimiento. En el mundo actual, la competencia es intensa y las empresas multinacionales se enfrentan a diferentes marcos legales, sociales y normativos. En este contexto, algunas empresas podrían sentir la tentación de descuidar las normas y principios de conducta adecuados con el fin de obtener una ventaja competitiva indebida. Estas prácticas de unas pocas empresas podrían poner en duda la reputación de muchas empresas y pueden suscitar temores entre los ciudadanos.

7. Muchas empresas han respondido a estas inquietudes de los ciudadanos desarrollando dispositivos internos, sistemas de orientación y gestión que avalan su compromiso con una buena actitud ciudadana de las empresas, con las prácticas correctas y con una buena conducta empresarial y laboral. Algunas de ellas han recurrido a servicios de consultoría, auditoría y certificación, contribuyendo a la acumulación de conocimientos en estos ámbitos. Estos esfuerzos también han promovido el diálogo social respecto a lo que constituye una buena conducta empresarial. Las *Directrices* aclaran las expectativas compartidas de los gobiernos que las han suscripto respecto a la conducta empresarial y proporcionan un punto de referencia a las empresas. De este modo, las *Directrices* complementan

y refuerzan las medidas privadas encaminadas a definir y poner en práctica una conducta empresarial responsable.

8. Los gobiernos están colaborando entre sí y con las demás partes implicadas para fortalecer el marco legal y político internacional en el que se desarrolla la actividad empresarial. Durante el período posterior a las guerras mundiales se registró un desarrollo de este marco, que se inició con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entre los instrumentos recientes destacan la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Agenda 21 así como la Declaración de Copenhague para el Desarrollo Social.

9. La OCDE también ha contribuido a este marco de actuación a nivel internacional. Entre las medidas recientes destacan la aprobación del Convenio para la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Operaciones Empresariales Internacionales y de los Principios de la OCDE de Gobierno Empresarial, las Directrices de la OCDE sobre la Protección de los Consumidores en el contexto del Comercio Electrónico y los trabajos en curso relacionados con las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales.

10. El objetivo común de los gobiernos que han suscripto las *Directrices* consiste en fomentar las contribuciones positivas al progreso económico, medioambiental y social que pueden tener las empresas multinacionales, y reducir al mínimo las dificultades que causan sus diversas actividades. Para alcanzar este objetivo, los gobiernos trabajan en colaboración con las numerosas empresas, sindicatos y otras organizaciones no gubernamentales que están trabajando a su modo con el mismo fin. Los gobiernos pueden contribuir proporcionando marcos nacionales de actuación eficaces, que incluyan una política macroeconómica estable, un tratamiento no discriminatorio de las empresas, una normativa adecuada y una supervisión prudencial, una justicia y una aplicación de las leyes imparciales y una Administración Pública eficaz e íntegra. Los gobiernos también pueden facilitar este objetivo manteniendo y fomentando normas y políticas adecuadas en apoyo de un desarrollo sostenible y comprometiéndose con las reformas permanentes que garanticen que la actividad del sector público sea eficiente y eficaz. Los gobiernos que han suscripto las *Directrices* se han comprometido con una mejora continua de sus políticas tanto nacionales como internacionales con vistas a mejorar el bienestar y los niveles de vida de todos los ciudadanos.

I. Conceptos y principios

1. Las *Directrices* son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las empresas multinacionales. Contienen principios y normas de buenas prácticas conformes con las disposiciones legales aplicables. El cumpli-

miento de las *Directrices* por parte de las empresas es voluntario y no tiene carácter obligatorio.

2. Como las actividades de las empresas multinacionales se extienden a todo el mundo, debería extenderse también a todos los países la cooperación internacional en esta área. Los gobiernos que han suscripto las *Directrices* animan a las empresas que ejercen su actividad en sus territorios a cumplir las *Directrices* dondequiera que desarrollen su actividad, teniendo en cuenta al mismo tiempo las circunstancias concretas de cada país de acogida.

3. No es necesaria, a los efectos de las *Directrices*, una definición precisa de empresas multinacionales. Habitualmente se trata de empresas u otras entidades establecidas en más de un país y ligadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto. Las *Directrices* se dirigen a todas las entidades pertenecientes a la empresa multinacional (sociedades matrices y/o entidades locales). De acuerdo con el reparto real de responsabilidades entre ellas, se espera que las distintas entidades cooperen y se presten ayuda entre sí para facilitar el cumplimiento de las *Directrices*.

4. El objetivo de las *Directrices* no es introducir diferencias de tratamiento entre las empresas multinacionales y empresas nacionales; reflejan prácticas recomendables para todas ellas. En consecuencia, se espera de las empresas multinacionales y nacionales que tengan la misma conducta en todos los casos en los que sean aplicables las *Directrices* a unas y a otras.

5. Los gobiernos desean fomentar el grado de cumplimiento más amplio posible de las *Directrices*. Aunque se reconozca que las pequeñas y medianas empresas no disponen de los mismos medios que las grandes empresas, los gobiernos que han suscripto las *Directrices* les animan, no obstante, a cumplir, en tan amplia medida como sea posible, las recomendaciones contenidas en las *Directrices*.

6. Los gobiernos que han suscripto las *Directrices* no deben utilizarlas con fines proteccionistas ni de un modo que ponga en duda la ventaja comparativa de cualquier país en el que inviertan las empresas multinacionales.

7. Los gobiernos tienen derecho a establecer las condiciones con arreglo a las cuales las empresas multinacionales ejercen su actividad en sus respectivas jurisdicciones, con sujeción al derecho internacional. Las entidades de una empresa multinacional situadas en diversos países están sujetas a las legislaciones aplicables en dichos países. Cuando las empresas multinacionales estén sometidas a obligaciones contradictorias impuestas por países que hayan suscripto las *Directrices*, los gobiernos en cuestión colaborarán entre sí, de buena fe, con vistas a solventar los problemas que puedan derivarse de esta situación.

8. Los gobiernos que han suscripto las *Directrices* las han establecido aceptando el compromiso de asumir sus responsabilidades de tratar a las empresas de manera equitativa y de conformidad con el derecho internacional y con sus obligaciones contractuales.

9. Se fomenta el uso de mecanismos internacionales adecuados de solución de diferencias, incluido el arbitraje, como medio para facilitar la resolución de los problemas legales que surjan entre las empresas y los gobiernos de los países de acogida.

10. Los gobiernos que han suscripto las *Directrices* las promoverán y fomentarán su uso. Establecerán Puntos Nacionales de Contacto que promuevan las *Directrices* y que actúen como un foro de discusión de todos los asuntos relacionados con las mismas. Los gobiernos que han suscripto las *Directrices* también participarán en los procedimientos adecuados de examen y consulta encaminados a abordar cuestiones relativas a la interpretación de las *Directrices* en un mundo cambiante.

II. Principios generales

Las empresas deberán tener plenamente en cuenta las políticas fijadas por los países en que ejercen su actividad y tener en consideración las opiniones de los demás terceros interesados. A este respecto, las empresas deberán:

1. Contribuir al progreso económico, social y medioambiental con vistas a lograr un desarrollo sostenible.

2. Respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales del gobierno de acogida.

3. Estimular la generación de capacidades locales mediante una cooperación estrecha con la comunidad local, incluidos los sectores empresariales locales, desarrollando al mismo tiempo las actividades de la empresa en los mercados interiores y exteriores de una manera compatible con la necesidad de prácticas comerciales saludables.

4. Fomentar la formación del capital humano, particularmente mediante la creación de oportunidades de empleo y el ofrecimiento de formación a los empleados.

5. Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o reglamentario relacionadas con el medioambiente, la salud, la seguridad e higiene, el trabajo, la fiscalidad, los incentivos financieros u otras cuestiones varias.

6. Apoyar y defender unos correctos principios de gobierno empresarial y desarrollar y aplicar unas buenas prácticas de gobierno empresarial.

7. Desarrollar y aplicar prácticas autodisciplinarias y sistemas de gestión eficaces que promuevan una relación de confianza recíproca entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad.

8. Promover el conocimiento por los empleados de las políticas empresariales y su conformidad con ellas, mediante una difusión adecuada de las mismas, incluso a través de programas de formación.

9. Abstenerse de tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores que elaboren, de buena fe, informes para la dirección o, en su caso, para las autoridades públicas competentes acerca de prácticas contrarias a la ley, a las *Directrices* o a las políticas de la empresa.

10. Alentar, cuando sea factible, a los socios empresariales, incluidos proveedores y subcontratistas, para que apliquen principios de conducta empresarial compatibles con las *Directrices*.

11. Abstenerse de cualquier injerencia indebida en actividades políticas locales.

III. Publicación de informaciones

1. Las empresas deberán garantizar la revelación de información puntual, periódica, fiable y relevante acerca de sus actividades, sus estructuras, su situación financiera y sus resultados. Deberá publicarse esta información respecto al conjunto de la empresa y, cuando proceda, desglosada por líneas de negocio o zonas geográficas. Deberán adaptarse las políticas sobre difusión de información de las empresas a la naturaleza, el tamaño y el emplazamiento de la empresa, teniendo debidamente en cuenta los costes, la confidencialidad empresarial y otros factores de carácter competitivo.

2. Las empresas deberán aplicar unas estrictas normas de calidad en sus labores de difusión de información, contabilidad y auditoría. También se alienta a las empresas a aplicar unas normas de calidad rigurosas respecto a la información no financiera, incluida, en su caso, la elaboración de informes medioambientales y sociales. Deberán comunicarse las normas o políticas con arreglo a las cuales se recopila y publica información tanto financiera como no financiera.

3. Las empresas deberán comunicar una información básica en la que figure su razón social, emplazamiento y estructura, la razón social, la dirección y el número de teléfono de la sociedad matriz y de sus principales filiales, su participación accionarial, directa e indirecta, en estas filiales, incluidas las participaciones accionariales cruzadas entre ellas.

4. Las empresas deberán divulgar asimismo información significativa acerca de:

- a) los resultados financieros y operativos de la empresa;
- b) los objetivos de la empresa;
- c) los principales accionistas y los derechos de voto;
- d) los miembros de consejo de administración y los altos directivos, así como sus remuneraciones;
- e) los factores de riesgo previsibles más importantes;

- f) las cuestiones significativas relativas a los empleados y a otros terceros interesados en la marcha de la empresa;
- g) las estructuras y políticas de gobierno empresarial.

5. Se anima a las empresas a comunicar informaciones adicionales que pueden incluir:

- a) declaraciones de valores o declaraciones dirigidas al público en las que se expongan las normas de conducta, incluida información sobre las políticas sociales, éticas y medioambientales de la empresa y otros códigos de conducta que haya suscripto la empresa. Además, también podrán comunicarse la fecha de adopción, los países y las entidades en los que son aplicables dichas declaraciones y sus resultados en relación con las mismas;
- b) información acerca de los sistemas de gestión de riesgos y de cumplimiento de las disposiciones legales y acerca de las declaraciones o códigos de conducta;
- c) información sobre las relaciones con los empleados y otros terceros interesados en la marcha de la empresa.

IV. Empleo y relaciones laborales

En el marco de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables y de las prácticas en vigor en materia de empleo y relaciones laborales, las empresas deberán:

1.
 - a) respetar el derecho de sus trabajadores a ser representados por sindicatos u otros representantes legítimos de los trabajadores y participar en negociaciones constructivas, ya sea individualmente o a través de asociaciones de empresas, con dichos representantes con vistas a alcanzar convenios sobre condiciones laborales;
 - b) contribuir a la abolición efectiva del trabajo infantil;
 - c) contribuir a la eliminación de toda clase de trabajo forzado u obligatorio;
 - d) no discriminar a sus trabajadores en el ámbito laboral o profesional por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, a menos que las prácticas selectivas respecto a las características del trabajador favorezcan las políticas públicas establecidas que promuevan, de forma expresa, una mayor igualdad de oportunidades laborales, o que dichas prácticas respondan a los requisitos inherentes a un puesto de trabajo.

2.

- a) proporcionar a los representantes de los trabajadores los medios necesarios para la consecución de convenios colectivos eficaces;
- b) aportar a los representantes de los trabajadores la información que necesiten para alcanzar negociaciones constructivas sobre las condiciones laborales;
- c) promover las consultas y la cooperación entre las empresas y los trabajadores y sus representantes respecto a cuestiones de interés mutuo.

3. Comunicar a los trabajadores y a sus representantes la información que les permita hacerse una idea exacta y correcta de los resultados de la entidad o, en su caso, del conjunto de la empresa.

4.

- a) respetar una normas de empleo y relaciones laborales que no sean menos favorables que las respetadas por empresas comparables del país de acogida;
- b) adoptar las medidas adecuadas para garantizar en sus actividades la salud y la seguridad en el trabajo.

5. Emplear en sus actividades, en tan amplia medida como sea factible, a personal local y proporcionar formación con vistas a mejorar los niveles de cualificación, en colaboración con los representantes de los trabajadores y, en su caso, con las autoridades públicas competentes.

6. Cuando se contemplen cambios en sus actividades que puedan tener efectos significativos sobre los medios de subsistencia de sus trabajadores, en el caso concretamente del cierre de una entidad que implique ceses o despidos colectivos, notificar dichos cambios, con una antelación razonable, a los representantes de sus trabajadores y, en su caso, a las autoridades públicas competentes y colaborar con los representantes de los trabajadores y con las autoridades públicas competentes para atenuar, en la máxima medida de lo posible, los efectos adversos. Sería conveniente que la dirección pudiese enviar dicha notificación, en vistas de las circunstancias concretas de cada caso, antes de la adopción de la decisión final. Pueden emplearse otros medios para que se establezca una cooperación constructiva encaminada a atenuar los efectos de dicha decisión.

7. No amenazar, en el marco de negociaciones realizadas en buena fe con los representantes de los trabajadores acerca de las condiciones laborales o cuando los trabajadores ejerciten su derecho a organizarse, con el traslado fuera del país en cuestión de la totalidad o de una parte de una unidad de explotación ni con el traslado a otros países de los trabajadores procedentes de entidades inte-

grantes de la empresa con el fin de influir injustamente en dichas negociaciones o de obstaculizar el ejercicio del derecho a organizarse.

8. Permitir a los representantes autorizados de sus trabajadores negociar acerca de cuestiones relacionadas con convenios colectivos o relaciones entre trabajadores y empresas y permitir a las partes consultarse acerca de asuntos de interés mutuo con representantes patronales autorizados para adoptar decisiones respecto a estas cuestiones.

V. Medio ambiente

Las empresas deberán tener debidamente en cuenta, en el marco de las disposiciones legales y reglamentarias y de las prácticas administrativas de los países en los que ejercen su actividad y teniendo en consideración los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales relevantes, la necesidad de proteger el medio ambiente y la salud y la seguridad públicas y de realizar, en general, sus actividades de una manera que contribuya al objetivo más amplio del desarrollo sostenible. En concreto, las empresas deberán:

1. Establecer y mantener un sistema de gestión medioambiental adecuado para la empresa, que incluya:

- a) la recogida y evaluación de información adecuada y puntual relativa al impacto de sus actividades sobre el medio ambiente, la salud y la seguridad;
- b) la fijación de metas cuantificables y, en su caso, de objetivos relacionados con la mejora de sus resultados medioambientales, incluyendo la revisión periódica de la pertinencia continua de estos objetivos; y
- c) el seguimiento y el control regulares de los avances en el cumplimiento de los objetivos o metas en materia de medio ambiente, salud y seguridad.

2. Teniendo en cuenta las consideraciones relacionadas con el coste, la confidencialidad empresarial y la protección de los derechos de propiedad intelectual:

- a) aportar a los ciudadanos y a los trabajadores información adecuada y puntual sobre los efectos de las actividades de la empresa sobre el medio ambiente, la salud y la seguridad, que puede incluir la elaboración de informes sobre los avances en la mejora de los resultados medioambientales; y
- b) desarrollar una actividad de comunicación y consulta, adecuada y puntual, con las comunidades directamente afectadas por las políticas medioambientales y de salud y seguridad de la empresa, y por su ejecución.

3. Evaluar y tener en cuenta en la toma de decisiones los impactos previsibles relacionados con el medio ambiente, la salud y la seguridad asociados a los procedimientos, bienes y servicios de la empresa a lo largo de todo su ciclo de vida. Cuando estas actividades previstas tengan efectos significativos sobre el medio ambiente y la salud o la seguridad y cuando estén sujetas a una decisión de una autoridad competente, las empresas deberán realizar una adecuada evaluación de impacto medioambiental.

4. Teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos de los riesgos, cuando existan amenazas de daños graves para el medio ambiente, teniendo en cuenta asimismo la salud y la seguridad de las personas, abstenerse de utilizar la falta de certeza científica plena como motivo para aplazar medidas eficientes en términos de costes para impedir o minimizar dicho daño.

5. Mantener planes de emergencias destinados a prevenir, atenuar y controlar los daños graves para el medio ambiente y la salud derivados de sus actividades, incluidos los casos de accidentes y de situaciones de emergencia, y establecer mecanismos de alerta inmediata de las autoridades competentes.

6. Tratar constantemente de mejorar los resultados medioambientales de la empresa fomentando, en su caso, actividades como:

- a) la adopción de tecnologías y procedimientos operativos en todas las áreas de la empresa, que reflejen las normas sobre resultados medioambientales existentes en la parte más eficiente de la empresa;
- b) desarrollo y suministro de productos y servicios que no tengan efectos medioambientales indebidos; cuyo uso para los fines previstos no revista peligro; que sean eficientes en cuanto a consumo de energía y de recursos naturales; que puedan reutilizarse, reciclarse o eliminarse de una manera segura;
- c) fomento de mayores niveles de sensibilización entre los clientes acerca de las implicaciones medioambientales del uso de los productos y servicios de la empresas; e
- d) investigación de las formas de mejorar los resultados medioambientales de la empresa a largo plazo.

7. Proporcionar una educación y formación adecuadas a los empleados en materia de medioambiente, de salud y de seguridad, incluida la manipulación de materiales peligrosos y la prevención de accidentes medioambientales, y en áreas de gestión medioambiental más generales, como los procedimientos de evaluación de impacto medioambiental, las relaciones públicas y las tecnologías medioambientales.

8. Contribuir al desarrollo de una política pública útil desde el punto de vista medioambiental y eficiente en términos económicos a través, por ejemplo, de

acuerdos de colaboración o de iniciativas que aumenten la sensibilización medioambiental y la protección del medio ambiente.

VI. Lucha contra la corrupción

Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Tampoco se deberá solicitar a las empresas que ofrezcan, ni esperar que lo hagan, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas. Concretamente, las empresas:

1. No deberán ofrecerse a pagar ni ceder ante las peticiones de pago a funcionarios o a empleados de socios empresariales ninguna fracción de un pago contractual. No deberán utilizar subcontratistas, órdenes de compra ni contratos de consultoría como medio para canalizar pagos a funcionarios, empleados de socios empresariales o a sus familiares o socios comerciales.

2. Deberán velar por que la retribución de los representantes sea adecuada y corresponda exclusivamente a servicios legítimos. Cuando corresponda, deberá conservarse y ponerse a disposición de las autoridades competentes una lista de los representantes empleados en relación con operaciones con organismos públicos y empresas públicas.

3. Deberán mejorar la transparencia de sus actividades de lucha contra la corrupción y la extorsión. Entre las medidas a adoptar cabe incluir la asunción de compromisos públicos contra la corrupción y la extorsión, y la divulgación de los sistemas de gestión adoptados por la empresa para cumplir con sus compromisos. La empresa deberá asimismo fomentar la apertura y el diálogo con los ciudadanos para promover su sensibilización y cooperación en la lucha contra la corrupción y la extorsión.

4. Deberán fomentar el conocimiento y respeto por parte de los trabajadores de las políticas de la empresa contra la corrupción y la extorsión a través de una difusión adecuada de estas políticas y mediante programas de formación y procedimientos disciplinarios.

5. Deberán introducir sistemas de control de gestión que desincentiven la corrupción y las prácticas corruptoras y adoptar prácticas de contabilidad general y fiscal y de auditoría que eviten la existencia de dobles contabilidades o de cuentas secretas o la creación de documentos en los que no queden anotadas, de manera correcta y justa, las operaciones a las que corresponden.

6. No deberán realizar contribuciones ilícitas a candidatos a cargos públicos ni a partidos políticos u otras organizaciones políticas. Las contribuciones deben respetar íntegramente los requisitos en materia de publicación de información a los ciudadanos y deben ser notificadas a la alta dirección.

VII. Intereses de los consumidores

En sus relaciones con los consumidores, las empresas deberán actuar siguiendo unas prácticas comerciales, de marketing y publicitarias justas y deberán adoptar todas las medidas razonables para garantizar la seguridad y la calidad de los bienes y servicios que proporcionan. Concretamente, tendrán la obligación de:

1. Garantizar que los bienes y servicios que proporcionan cumplan todas las normas acordadas o legalmente requeridas en materia de salud y seguridad para los consumidores, incluidas las advertencias sanitarias y el etiquetado necesario sobre seguridad del producto e información sobre el mismo.
2. Aportar información exacta y clara correspondiente a los bienes y servicios relativa a su composición, su uso seguro, su mantenimiento, su almacenamiento y su eliminación, y suficiente para permitir a los consumidores tomar decisiones con conocimiento de causa.
3. Establecer procedimientos transparentes y eficaces para dar respuesta a las quejas de los consumidores y contribuir a la resolución justa y rápida de los litigios con los consumidores sin costes o trámites excesivos.
4. No realizar manifestaciones u omisiones ni participar en ninguna otra práctica que sea engañosa, equívoca, fraudulenta o desleal.
5. Respetar la intimidad de los consumidores y establecer una protección para los datos de carácter personal.
6. Colaborar plenamente y de una manera transparente con las autoridades públicas en la prevención o eliminación de las amenazas graves para la salud y la seguridad de los ciudadanos que se deriven del consumo o del uso de sus productos.

VIII. Ciencia y tecnología

Las empresas deberán:

1. Esforzarse por garantizar que sus actividades son compatibles con las políticas y planes en materia de ciencia y tecnología de los países en los que ejercen su actividad y, en su caso, contribuir al desarrollo de la capacidad innovadora local y nacional.
2. Adoptar, cuando sea factible en el desarrollo de sus actividades empresariales, prácticas que permitan la transferencia y rápida difusión de tecnologías y de *know-how*, teniendo debidamente en cuenta la protección de los derechos de propiedad intelectual.
3. Cuando proceda, llevar a cabo trabajos de desarrollo científico y tecnológico en los países de acogida para atender las necesidades del mercado local, así como emplear a personal del país de acogida en las actividades científicas y tecnológicas y fomentar su formación, teniendo en cuenta las necesidades comerciales.

4. A la hora de conceder licencias para la explotación de los derechos de propiedad intelectual o cuando se transfieran por otros medios tecnologías, hacerlo en condiciones razonables y de una manera que contribuya a las perspectivas de desarrollo a largo plazo del país de acogida.

5. Cuando sea relevante para los objetivos comerciales, desarrollar lazos con las universidades locales, con instituciones públicas de investigación y participar en proyectos de investigación en cooperación con las empresas o las asociaciones profesionales locales.

IX. Competencia

Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las empresas deberán llevar a cabo sus actividades de forma competitiva. En concreto, las empresas deberán:

1. Abstenerse de celebrar o cerrar acuerdos entre competidores contrarios a la competencia para:

- a) fijar precios;
- b) realizar ofertas concertadas (licitaciones colusorias);
- c) establecer límites a la producción o contingentes; o
- d) repartirse o subdividir los mercados mediante el reparto de clientes, proveedores, zonas geográficas o ramas de actividad;

2. Desarrollar la totalidad de sus actividades de una manera compatible con todas las leyes aplicables en materia de competencia, teniendo en cuenta la aplicabilidad de la legislación sobre competencia de los países cuya economía se vea posiblemente perjudicada por la actividad contraria a la competencia llevada a cabo por dichas empresas.

3. Cooperar con las autoridades de defensa de la competencia de dichos países dando, entre otras cosas y sin perjuicio de la legislación aplicable y de los correspondientes mecanismos de salvaguardia, unas respuestas tan rápidas y completas como sea factible a las peticiones de información.

4. Fomentar la sensibilización de los empleados acerca de la importancia del respeto de todas las leyes y políticas de defensa de la competencia aplicables.

X. Fiscalidad

Es importante que las empresas contribuyan a las finanzas públicas de los países de acogida efectuando el pago puntual de sus deudas fiscales. Concretamente, las empresas deberán cumplir las disposiciones legales y reglamentarias de carácter fiscal de todos los países en los que ejercen su actividad y deberán hacer cuanto esté a su alcance para actuar de conformidad con la letra y el espí-

ritu de dichas disposiciones legales y reglamentarias. Esto incluiría medidas tales como comunicar a las autoridades competentes la información necesaria para el cálculo correcto de los impuestos que hayan de pagarse en relación con sus actividades y adaptar las prácticas en materia de precios de transferencia al principio de plena competencia.

PROCEDIMIENTOS DE PUESTA EN PRÁCTICA DE LAS LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES

DECISIÓN DEL CONSEJO DE LA OCDE

Junio de 2000.

El Consejo,

Visto el Convenio de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960;

Vista la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales (en adelante, la "Declaración"), en la que los gobiernos de los países que han suscripto las Directrices para Empresas Multinacionales que ejerzan su actividad en o desde sus territorios (en adelante, las "Directrices") recomiendan conjuntamente a dichas empresas el cumplimiento de dichas Directrices;

Reconociendo que, dado que las operaciones de las empresas multinacionales se extienden por todo el mundo, debe extenderse a todos los países la cooperación internacional respecto a cuestiones relativas a la Declaración;

Visto el mandato del Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, particularmente en lo relativo a las atribuciones del Comité respecto a la Declaración [C(84)171(Final), renovado en C/M(95)21];

Considerando el Informe sobre el Primer Reexamen de la Declaración de 1976 [C(79)102(Final)], el Informe sobre el Segundo Reexamen de la Declaración [C/MIN(84)5(Final)], el Informe sobre el Reexamen de 1991 de la Declaración [DAFFE/IME(91)23] y el Informe sobre el Reexamen de 2000 de las Directrices [C(2000)96];

Vista la Segunda Decisión Revisada del Consejo de junio de 1984 [C(84)90], modificada en junio de 1991 [C/MIN(91)7/ANN1];

Considerando que es aconsejable mejorar los procedimientos a través de los cuales pueden efectuarse las consultas respecto a los asuntos abordados por estas Directrices y promover la eficacia de las Directrices;

A propuesta del Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales:

Decide:

Derogar la Segunda Decisión Revisada del Consejo de junio de 1984 [C(84)90], modificada en junio de 1991 [C/MIN(91)7/ANN1] y sustituirla por el texto siguiente:

I. Puntos Nacionales de Contacto

1. Los países que han suscripto las Directrices deben establecer Puntos Nacionales de Contacto para llevar a cabo actividades promocionales, contestar a las consultas y ocuparse de las discusiones con las partes implicadas respecto de todas las cuestiones abordadas por las Directrices de manera que puedan contribuir a la resolución de los problemas que puedan surgir a este respecto, teniendo debidamente en cuenta la Guía de Procedimiento adjunta. Debe informarse de la existencia de estos Puntos Nacionales de Contacto a la comunidad empresarial, a las organizaciones sindicales y a otras partes interesadas.

2. Los Puntos Nacionales de Contacto de los distintos países deben colaborar entre sí, cuando se estime necesario, respecto a cualquier cuestión abordada por las Directrices que sea relevante para sus actividades. Por regla general, deben iniciarse las discusiones a nivel nacional antes de mantener contactos con otros Puntos Nacionales de Contacto.

3. Los Puntos Nacionales de Contacto deben reunirse anualmente para compartir experiencias y emitir un informe dirigido al Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales.

II. El Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales

1. El Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales (en adelante, el "CIME" o el "Comité") intercambiará, periódicamente o a petición de un país que haya suscripto las Directrices, puntos de vista respecto a las cuestiones abordadas por las Directrices y a la experiencia adquirida en su aplicación.

2. El Comité invitará periódicamente al Comité Consultivo Empresarial e Industrial de la OCDE (BIAC) y al Comité Consultivo Sindical de la OCDE (TUAC) (en adelante, los "órganos consultivos") y a otras organizaciones no gubernamentales a dar a conocer sus opiniones respecto de cuestiones abordadas por las Directrices. Además, se podrán celebrar, cuando así lo soliciten, intercambios de puntos de vista con los órganos consultivos respecto a estas cuestiones.

3. El Comité podrá acordar el mantenimiento de intercambios de opinión respecto a asuntos abordados por las Directrices con representantes de países que no hayan suscripto las Directrices.

4. El Comité se responsabilizará de la clarificación de las Directrices. Se prestará dicha aclaración cuando se solicite. Caso de solicitarlo, se brindará a la empresa de que se trate la oportunidad de manifestar, verbalmente o por escrito, sus opiniones acerca de cuestiones relativas a las Directrices que afecten a sus

intereses. El Comité no llegará a conclusiones sobre la conducta de empresas determinadas.

5. El Comité mantendrá intercambios de opiniones sobre las actividades de los Puntos Nacionales de Contacto con vistas a mejorar la eficacia de las Directrices.

6. En el cumplimiento de sus responsabilidades para el funcionamiento eficaz de las Directrices, el Comité tendrá debidamente en cuenta la Guía de Procedimiento adjunta.

7. El Comité publicará periódicamente un informe dirigido al Consejo relativo a las cuestiones abordadas por las Directrices. El Comité tendrá en cuenta en sus informes los informes elaborados por los Puntos Nacionales de Contacto, las opiniones manifestadas por los órganos consultivos y, en su caso, las opiniones de otras organizaciones no gubernamentales y de países que no hayan suscrito las Directrices.

III. Reexamen de la Decisión

La presente Decisión será reexaminada periódicamente. El Comité presentará las propuestas a tal efecto.

Guía de Procedimiento

I. Puntos Nacionales de Contacto

La misión de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) es favorecer la eficacia de las Directrices. Los PNC ejercerán su función de acuerdo con los criterios básicos de visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad para fomentar el cumplimiento del objetivo de equivalencia funcional.

A. Modalidades institucionales

De conformidad con el objetivo de equivalencia funcional, los países que hayan suscrito las Directrices cuentan con total flexibilidad para organizar sus PNC, recabando el apoyo activo de los agentes sociales, incluidos los círculos empresariales, las organizaciones sindicales y otras partes interesadas, lo que incluye a las organizaciones no gubernamentales.

En consecuencia, el Punto Nacional de Contacto:

1. Puede ser un alto funcionario o un órgano de la Administración dirigido por un alto funcionario. Alternativamente, el Punto Nacional de Contacto puede estar organizado también como un organismo cooperativo, que reúna a representantes de otros entes públicos. También pueden participar en el mismo representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales y de otras partes interesadas.

2. Desarrollará y mantendrá relaciones con representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones de trabajadores y de otras partes interesadas que sean capaces de contribuir al buen funcionamiento de las Directrices.

B. Información y promoción

Los Puntos Nacionales de Contacto:

1. Darán a conocer y difundirán las Directrices a través de los medios oportunos, incluida información a través de Internet, y en los idiomas nacionales. Debe informarse, en su caso, sobre el contenido de las Directrices a los eventuales inversores (deseosos de invertir en el país o en el extranjero).

2. Adoptarán medidas de sensibilización respecto de las Directrices tales como la cooperación, en su caso, con los círculos empresariales, las organizaciones sindicales, otras organizaciones no gubernamentales y los ciudadanos interesados.

3. Responderán a las consultas acerca de las Directrices realizadas por:

- a) otros Puntos Nacionales de Contacto;
- b) los círculos empresariales, las organizaciones sindicales, otras organizaciones no gubernamentales y el público interesado; y
- c) los gobiernos de los países que no hayan suscripto las Directrices.

C. Aplicación en casos concretos

El PNC contribuirá a la resolución de problemas que surjan en relación con la aplicación de las Directrices en casos específicos. El PNC proporcionará un foro de discusión y colaborará con los círculos empresariales, las organizaciones sindicales y otras partes afectadas en la resolución de los problemas planteados, de manera eficiente y puntual y de conformidad con la legislación aplicable. A la hora de prestar esta colaboración, el PNC:

1. Realizará una evaluación inicial para determinar si las cuestiones planteadas merecen un examen más detenido y responderá a la parte o a las partes que las planteen.

2. Cuando las cuestiones planteadas merezcan un examen más profundo, ofrecerá sus buenos oficios para facilitar a las partes implicadas su resolución. A tal efecto, el PNC realizará consultas con estas partes y, cuando proceda:

- a) recabará asesoramiento de las autoridades competentes y/o de los representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales, de otras organizaciones no gubernamentales y de expertos competentes;
- b) consultará al Punto Nacional de Contacto del otro país o de los otros países interesados;
- c) solicitará la orientación del CIME si alberga dudas acerca de la interpretación, en determinadas circunstancias, de las Directrices;
- d) brindará y, con el consentimiento de las partes implicadas, facilitará el acceso a medios consensuales y no contenciosos, como la conciliación o la mediación, para facilitar la resolución de las cuestiones planteadas.

3. Si las partes implicadas no llegasen a un acuerdo sobre las cuestiones planteadas, emitirá un comunicado y formulará, en su caso, recomendaciones acerca de la aplicación de las Directrices.

4.

- a) adoptará, para facilitar la resolución de los problemas planteados, las medidas oportunas encaminadas a proteger la información empresarial confidencial y de otra índole. Mientras estén en curso los procedimientos previstos en el apartado 2, se mantendrá la confidencialidad de los trabajos. Al término de los mismos, si no llegan a un acuerdo las partes para la resolución de los problemas planteados, las partes podrán libremente comunicarse y discutir estas cuestiones. No obstante, se mantendrá en secreto la información y las opiniones aportadas durante los trabajos por una de las partes en cuestión, a menos que ésta manifieste su consentimiento a su divulgación;
- b) después de consultar con las partes implicadas, publicará los resultados de estos procedimientos, a menos que el mantenimiento en secreto de dicha información redunde en el máximo interés de la aplicación eficaz de las Directrices.

5. Si surgiesen controversias en países que no hayan suscripto las Directrices, adoptará medidas para alcanzar una mejor comprensión de las cuestiones planteadas y seguirá estos procedimientos cuando proceda y sea viable.

D. Elaboración de informes

1. Cada Punto Nacional de Contacto elaborará anualmente un informe dirigido al Comité.

2. Los informes deberán incluir información sobre la naturaleza y los resultados de las actividades del Punto Nacional de Contacto, incluidas las actividades de aplicación en casos concretos.

II. Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales

1. El Comité desempeñará sus responsabilidades de una manera eficiente y puntual.

2. El Comité estudiará las peticiones de asistencia de los PNC en el marco de sus actividades, incluido en caso de que surjan dudas acerca de la interpretación, en determinadas circunstancias, de las Directrices.

3. El Comité:

- a) estudiará los informes de los PNC;
- b) estudiará las peticiones motivadas de un país que haya suscripto las Directrices o de un órgano consultivo sobre el hecho de si un PNC ejerce o no sus competencias respecto a su aplicación a casos específicos;

- c) se planteará la aportación de una aclaración cuando un país que haya suscripto las Directrices o un órgano consultivo presente una petición motivada sobre la pertinencia de la interpretación de las Directrices realizada por un PNC en casos específicos;
- d) formulará recomendaciones, en caso necesario, para la mejora del funcionamiento de los PNC y para la aplicación eficaz de las Directrices.

4. El Comité podrá recabar y tener en consideración el asesoramiento de expertos respecto a cualquier cuestión abordada por las Directrices. A tal efecto, el Comité decidirá sobre los procedimientos adecuados.

COMENTARIOS

Nota de la Secretaría: Estos comentarios han sido aprobados por el CIME para aportar informaciones y explicaciones relativas al texto de las *Líneas Directrices* y de la Decisión del Consejo sobre la aplicación de las *Líneas Directrices*. No forman parte integrante de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales ni de la Decisión del Consejo acerca de las *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*.

COMENTARIO SOBRE LAS LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES

Comentario relativo a los principios generales

1. El capítulo de las *Directrices* consagrado a los principios generales es el primero que incluye recomendaciones precisas dirigidas a las empresas. Su importancia estriba en que fija la orientación general y establece los principios fundamentales comunes para las recomendaciones específicas de los siguientes capítulos.

2. La primera obligación de las empresas es respetar el derecho interno. Las *Directrices* no sustituyen las disposiciones legales y reglamentarias locales y no deben considerarse superiores a dichas disposiciones. Constituyen principios y normas de comportamiento suplementarias, sin carácter imperativo, relacionadas concretamente con las actividades internacionales de estas empresas. Cuando las *Directrices* abarquen, como sucede en numerosos casos, aspectos no tratados en la ley, no deberían situar a las empresas, ya que éste no es su objetivo, en una situación en la que se enfrenten a obligaciones contradictorias.

3. Se alienta a las empresas a cooperar con las autoridades públicas en la puesta a punto y aplicación de las políticas y reglamentos. También puede enriquecerse este proceso teniendo en consideración los puntos de vista de los res-

tantes agentes de la sociedad, lo que incluye a la comunidad local y los círculos empresariales. También se reconoce que las autoridades públicas deben dar prueba de transparencia en sus relaciones con las empresas y consultarlas sobre estas mismas cuestiones. Debe considerarse a las empresas como socios de las autoridades públicas en la puesta a punto y aplicación de los dispositivos voluntarios y reglamentarios (uno de cuyos elementos son las *Directrices*) que guarden relación con las políticas que les incumban.

4. No podrá haber una contradicción entre las actividades de las empresas multinacionales y el desarrollo sostenible. Precisamente esta complementariedad es la que pretenden promover las *Directrices*. De hecho, los vínculos entre el progreso económico, social y medioambiental son fundamentales en relación con la política de desarrollo sostenible¹. De manera análoga, aunque sea cierto que los principales responsables de promover y hacer respetar los derechos humanos son los gobiernos, las empresas desempeñan realmente un papel cuando su comportamiento y los derechos humanos confluyen; de este modo, se alienta a las propias empresas multinacionales a respetar los derechos humanos no sólo en las relaciones con sus trabajadores, sino también frente a las demás personas afectadas por sus actividades, de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales de los gobiernos de los países de acogida. Deben tenerse especialmente en consideración a este respecto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, así como las restantes obligaciones en materia de derechos humanos del gobierno de que se trate.

5. Además, las *Directrices* reconocen y fomentan la contribución que pueden tener las empresas multinacionales a la creación de capacidades locales en virtud de sus actividades a nivel local. Asimismo, la recomendación relativa a la formación de capital humano mira claramente hacia el futuro, reconociendo, de manera expresa, la contribución que pueden ofrecer las empresas multinacionales a sus trabajadores en términos de desarrollo humano individual. Esta recomendación no está exclusivamente relacionada con la contratación de trabajadores, sino que engloba además la formación y las demás medidas de desarrollo del capital humano. La formación del capital humano abarca además la noción de no discriminación en materia de contratación, promoción, aprendizaje durante toda la vida y otras fórmulas de formación en el trabajo.

6. Los gobiernos recomiendan que las empresas, en general, eviten la búsqueda de exenciones que no estén previstas en las disposiciones legales o reglamentarias aplicables en ámbitos como el medio ambiente, el trabajo, la salud, la seguridad, la fiscalidad y los incentivos financieros, sin menoscabar por ello el

¹ Una de las definiciones más aceptadas del desarrollo sostenible la dio en 1987 la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (la Comisión "Brundtland"), definiéndolo como un "desarrollo que responde a las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para responder a sus propias necesidades".

derecho de las empresas a tratar de obtener modificaciones de las disposiciones legales o reglamentarias. La expresión "o de aceptar" subraya, por otra parte, la función del Estado en la oferta de estas exenciones. Una disposición de este tipo se dirige tradicionalmente a los gobiernos, pero también afecta directamente a las empresas multinacionales. Es preciso tener presente, no obstante, que en algunos casos ciertas exenciones especiales de las leyes o de otras medidas pueden ser conformes a dichas leyes por razones legítimas de interés público. Ejemplo de ello son los capítulos relativos al medio ambiente y a la competencia.

7. El apartado consagrado a la función de las empresas multinacionales en materia de gobierno empresarial permite dar un impulso a los Principios del Gobierno Empresarial de la OCDE. Aunque la mejora del marco jurídico y reglamentario institucional incumba principalmente a las autoridades públicas, también las empresas están interesadas en el buen gobierno.

8. Una red cada vez más tupida de instrumentos y medidas autodisciplinarias sin carácter legislativo o reglamentario aborda el comportamiento de las empresas en sus diversos aspectos y las relaciones entre las empresas y los ciudadanos. Las empresas admiten que sus actividades tienen a menudo efectos sociales y medioambientales. La implantación de prácticas de autodisciplina y de sistemas de gestión por parte de empresas preocupadas por cumplir los objetivos en cuestión —contribuyendo de este modo al desarrollo sostenible— constituye un ejemplo de lo dicho. El desarrollo de estas prácticas no puede sino contribuir a las relaciones fructíferas entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad.

9. Ya que se espera que las empresas establezcan prácticas eficaces de autodisciplina, también se espera de ellas una sensibilización de sus trabajadores respecto a las medidas que ponen en práctica. También se recomienda el establecimiento de mecanismos de protección de los trabajadores que den, de buena fe, la señal de alarma, incluso para proteger a los trabajadores que, en ausencia de medidas correctoras inmediatas o en presencia de un riesgo razonable de adopción de medidas negativas para su trabajo, notifiquen a las autoridades públicas competentes prácticas contrarias a la ley. Aunque una protección de esta índole está especialmente relacionada con las medidas contra la corrupción y medioambientales, también es aplicable a las demás recomendaciones de las *Directrices*.

10. Al promover, en la medida de lo posible, principios compatibles de responsabilidad de la empresa frente a los socios comerciales, se reafirman las normas y principios contenidos en las *Directrices* admitiendo su importancia frente a proveedores, contratistas, subcontratistas, titulares de licencias y otras entidades con las que colaboren las empresas multinacionales. Se reconoce la existencia de limitaciones prácticas sobre la capacidad de las empresas para influir en la conducta de sus socios comerciales. Estas limitaciones dependen de las características del sector, de la empresa y de los productos, tales como el número de proveedores o de los restantes socios comerciales, la estructura y complejidad de

la cadena de producción y la posición de la empresa con respecto a sus proveedores u otros socios comerciales. La influencia que pueden ejercer las empresas sobre sus proveedores o socios comerciales se limita normalmente a la categoría de los productos o servicios de los que se abastecen y no se extiende al conjunto de las actividades de los proveedores o socios comerciales. Por tanto, la influencia que puede ejercerse sobre los socios comerciales y sobre la cadena de producción es mayor en algunos casos que en otros. La presente recomendación se refiere, sobre todo, a las relaciones comerciales establecidas o directas y no a todos los contratos u operaciones concretos o puntuales basados únicamente en operaciones celebradas de manera totalmente independiente o entre clientes. Cuando no sea posible ejercer una influencia directa sobre los socios comerciales, podría perseguirse ese objetivo mediante la difusión de declaraciones de política general de la empresa o mediante la adhesión a federaciones profesionales que alienen a los socios comerciales a aplicar normas de conducta empresarial conformes a las *Directrices*.

11. Por último, es preciso advertir que las medidas autodisciplinarias y otras medidas de la misma índole, incluidas las *Directrices*, no deberán restringir ilícitamente la competencia y tampoco deberán considerarse un sucedáneo de una disposición legal o reglamentaria pública eficaz. Se sobreentiende que las empresas multinacionales deberán evitar todo efecto distorsionante de los intercambios y de las inversiones que pueda derivarse de los códigos o de las prácticas autodisciplinarias que pongan en práctica.

Comentario relativo a la publicación de informaciones

12. El objeto de este capítulo es promover una mejor comprensión de las actividades de las empresas multinacionales. Una información clara y completa sobre las empresas es importante para una multitud de usuarios, desde los accionistas y la comunidad financiera hasta los trabajadores, las comunidades locales, los grupos con intereses especiales, las autoridades públicas y la sociedad en su conjunto. Para que pueda conocerse mejor a las empresas y su interrelación con la sociedad y el medio ambiente, es preciso que aquéllas sean transparentes y respondan a las peticiones de información de unos ciudadanos cada vez más exigentes. Las informaciones citadas en ese capítulo pueden completar aquellas cuya publicación es obligatoria en virtud de la legislación nacional de los países en los que ejerce sus actividades la empresa.

13. Se recomienda en este capítulo la publicación de informaciones pertenecientes a dos áreas. La primera serie de recomendaciones retoma los elementos mencionados en los *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*. Estos *Principios* defienden la difusión puntual de informaciones exactas sobre todos los aspectos importantes relativos a la empresa, principalmente su situación financiera, sus resultados, su accionariado y su sistema de gobierno. Se espera asimismo por parte de las empresas que publiquen informaciones relativas a la

remuneración de los miembros de los órganos de administración y de los principales directivos (de forma individual o global) suficientes para que los inversores puedan evaluar correctamente los costes y ventajas de los planes de remuneración y la función que desempeñan en los resultados de la empresa los mecanismos de motivación como la adjudicación de opciones sobre acciones. Los *Principios para el gobierno de las sociedades* contienen notas explicativas en las que se aportan indicaciones suplementarias sobre las informaciones solicitadas y deben interpretarse las recomendaciones contenidas en las *Directrices* de acuerdo con dichas notas. Los *Principios para el gobierno de las sociedades* se centran en las empresas cotizadas en bolsa. En la medida en que sean aplicables, deben constituir asimismo un instrumento útil para mejorar el gobierno de la empresa en otros tipos de sociedades, por ejemplo las que no acudan a bolsa para captar el ahorro de los inversores y las que sean de capital público.

14. Las *Directrices* alientan asimismo una segunda categoría de prácticas en materia de publicación o comunicación respecto de áreas en las que todavía están poniéndose a punto normas de información (por ej., datos sociales, informaciones medioambientales e informaciones sobre riesgos). Numerosas empresas facilitan informaciones que van más allá de los meros resultados financieros y consideran que la difusión de esta información constituye un buen medio para manifestar su adhesión a prácticas socialmente aceptables. En algunos casos, puede aplicarse este segundo tipo de publicación de información —o de comunicación con los ciudadanos y las restantes partes directamente afectadas por las actividades de la empresa— a entidades distintas de las incluidas en la contabilidad financiera de la empresa. Por ejemplo, puede incluir también informaciones sobre las actividades de los subcontratistas y de los proveedores o de los socios en el marco de empresas conjuntas.

15. Muchas empresas han adoptado medidas cuyo objetivo es facilitarles el cumplimiento de la ley y de determinadas normas de conducta y también mejorar la transparencia de sus actividades. Son cada vez más numerosas las empresas que han implantado códigos de conducta voluntarios, en los que se refleja la voluntad de respetar determinados valores éticos en ámbitos como el medio ambiente, las normas laborales o la protección de los consumidores. Diseñan actualmente sistemas específicos de gestión para el cumplimiento de estos compromisos (sistemas de información, procedimientos operativos y dispositivos de formación). Las empresas cooperan con las ONG y las organizaciones intergubernamentales en el desarrollo de normas de publicación de información gracias a las cuales estarán en mejores condiciones de conocer la influencia de sus actividades en las áreas relacionadas con el desarrollo sostenible (por ej., en el marco de la *Global Reporting Initiative* [Iniciativa Mundial de Publicación de Información]).

16. Los *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades* respaldan la implantación de normas exigentes aceptadas a escala internacional en

materia de contabilidad, información financiera y no financiera y auditoría de cuentas con el fin de facilitar la comparación de las informaciones entre los distintos países. Las auditorías de las cuentas realizadas por un auditor independiente permiten obtener una opinión externa y objetiva sobre la formulación y presentación de los estados contables. Puede reforzarse la transparencia y eficacia de la difusión de informaciones de carácter no financiero mediante una auditoría independiente. Comienzan a aparecer diversas técnicas de auditoría independiente de las informaciones no financieras.

17. Se alienta a las empresas a permitir un acceso más fácil y al menor coste a las informaciones publicadas y a contemplar el uso con este fin de las tecnologías de la información. Las informaciones divulgadas a los usuarios en el mercado del país de origen deberían también estar a disposición de todos los usuarios interesados. Las empresas pueden adoptar medidas especiales con el fin de difundir estas informaciones en el seno de las comunidades que no tengan acceso a los medios de comunicación impreso (por ej., las comunidades pobres directamente afectadas por las actividades de la empresa).

18. Es importante que los requisitos en materia de difusión de información no supongan para las empresas una pesada carga administrativa o unos costes excesivos. Tampoco se espera que las empresas hagan públicas informaciones que puedan poner en peligro su situación competitiva, a menos que dichas informaciones sean indispensables para esclarecer totalmente las dudas de los inversores y para evitar inducirles a error.

Comentario relativo al empleo y las relaciones laborales

19. Comienza este capítulo con una breve introducción en la que se hace referencia a las disposiciones legales y reglamentarias "aplicables" con el fin de tener en consideración el hecho de que las empresas multinacionales pueden estar sometidas, a pesar de ejercer su actividad en el territorio de determinado país, a disposiciones nacionales, subnacionales y supranacionales en materia de empleo y relaciones laborales. El sentido de la expresión "prácticas en vigor en materia de empleo y relaciones laborales" es lo bastante amplio como para permitir diversas interpretaciones, habida cuenta de las distintas situaciones nacionales —por ejemplo, en lo relativo a las diferentes posibilidades de negociación a disposición de los trabajadores en virtud de la legislación nacional—.

20. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer y abordar normas internacionales del trabajo y para promover los derechos fundamentales al trabajo reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Las *Directrices*, en su condición de instrumento no obligatorio, tienen un papel que desempeñar en la promoción del cumplimiento de estas normas y principios por parte de las empresas multinacionales. Las *Directrices* reflejan las disposiciones oportunas de la Declaración de 1998 y también las de la Declaración de

Principios tripartita de la OIT de 1977, relativa a empresas multinacionales y política social. La Declaración tripartita establece principios en el ámbito del empleo, la formación, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales, mientras que las *Directrices* abarcan todos los aspectos principales del comportamiento de las empresas. Las *Directrices* de la OCDE y la Declaración tripartita de la OIT están relacionadas con el comportamiento esperado de las empresas y guardan entre sí una relación de paralelismo y no de contradicción. En consecuencia, la Declaración tripartita de la OIT puede ser útil para una comprensión satisfactoria de las *Directrices* en tanto que es más exhaustiva. No obstante, los procedimientos de seguimiento de la Declaración tripartita y de las *Directrices* no parten de los mismos órganos.

21. El primer apartado de este capítulo se refiere a los cuatro principios y derechos fundamentales al trabajo enunciados en la Declaración de la OIT de 1998, a saber, la libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de todo tipo de trabajo forzado u obligatorio y la no discriminación en materia de empleo y de profesión. Estos principios y derechos se han desarrollado bajo la forma de derechos y obligaciones específicos en los convenios de la OIT reconocidos como fundamentales.

22. Se recomienda en este capítulo que las empresas multinacionales contribuyan a la abolición efectiva del trabajo infantil a efectos de lo dispuesto en la Declaración de la OIT de 1998 y del Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil. El Convenio 138 y la Recomendación 146 (adoptadas en 1973) son dos instrumentos más antiguos de la OIT en el ámbito del trabajo infantil relativos a la edad mínima de admisión al trabajo. Las empresas multinacionales pueden desempeñar un papel positivo gracias a sus prácticas en materia de gestión de la mano de obra, a los empleos de alta calidad y bien remunerados que generan y a su contribución al crecimiento económico, ayudando a combatir las causas fundamentales de la pobreza en general y del trabajo infantil en particular. Es importante reconocer y promover el papel que pueden jugar las empresas multinacionales contribuyendo a la búsqueda de una solución duradera al problema del trabajo infantil. A este respecto, debe prestarse una atención especial a la mejora del nivel educativo de los niños en los países de acogida.

23. Se recomienda además en este capítulo que las empresas contribuyan a la eliminación de todo tipo de trabajo forzado u obligatorio, otro principio extraído de la Declaración de la OIT de 1998. La referencia a este derecho fundamental en el trabajo se basa en los Convenios de la OIT 29 (1930) y 105 (1957). El Convenio 29 pide a los gobiernos "suprimir, lo antes posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas", y el Convenio 105 les pide "suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio" en un número determinado de casos enumerados (por ej., como medio de coerción política o como medida disciplinaria del trabajo) y "tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio". Al mismo

tiempo, queda perfectamente claro que la OIT es el órgano competente en lo relativo a la delicada cuestión del trabajo carcelario, concretamente cuando se trata del empleo de prisioneros por ciudadanos particulares, empresas o asociaciones (o de su puesta a disposición).

24. El principio de no discriminación en el empleo y la profesión es aplicable a las condiciones relacionadas con la contratación, el despido, la remuneración, la promoción, la formación y la jubilación. Se incluyen en la lista las formas prohibidas de discriminación enumeradas en el Convenio 111 de la OIT de 1958, considerándose toda distinción, exclusión o preferencia, por estos motivos, como contraria a este Convenio. Queda claramente de manifiesto en el texto de las *Directrices* que esta lista no es exhaustiva. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1d), las empresas deben ofrecer las mismas oportunidades a hombres y mujeres, haciendo especial hincapié en la igualdad de los criterios de selección, remuneración y promoción y en una aplicación igualitaria de estos criterios; deben asimismo impedir las discriminaciones o el despido por motivo de matrimonio, embarazo, maternidad o paternidad.

25. La mención a las formas consultivas de participación de los trabajadores contemplada en el apartado 2 de las *Directrices* procede de la Recomendación 94 de la OIT de 1952 relativa a la consulta y colaboración entre los empleadores y los trabajadores en el ámbito de la empresa. También está conforme con una disposición de la Declaración de Principios tripartita de la OIT de 1977, relativa a empresas multinacionales y política social. Dichos dispositivos de consulta no pueden sustituir el derecho de los trabajadores a negociar sus condiciones laborales. También figura en el apartado 8 una recomendación a propósito de los dispositivos de consulta relativos a las condiciones de trabajo.

26. Se pide en el apartado 3 que las empresas aporten a los trabajadores informaciones que les permitan hacerse una idea exacta y correcta de sus resultados. Estas informaciones están relacionadas con los siguientes aspectos: la estructura de la empresa, su situación y sus perspectivas económicas y financieras, la evolución de empleo y las variaciones importantes esperadas en sus actividades, teniendo debidamente en cuenta los imperativos legítimos de confidencialidad. El elemento de la confidencialidad supone que pueden no divulgarse informaciones respecto a determinados puntos o que únicamente puede hacerse contemplando determinadas protecciones.

27. En el apartado 4 se presume que las normas de empleo y relaciones laborales abarcan la remuneración y el tiempo de trabajo. La mención a la salud y la seguridad en el trabajo implica que las empresas multinacionales están obligadas a aplicar las reglamentaciones y normas laborales en vigor para reducir el riesgo de accidente y de enfermedad profesional en el trabajo o en relación con el mismo. Se trata de alentar a las empresas a trabajar en pos de una mejora del nivel de resultados en materia de salud y seguridad en el trabajo en todas sus unidades productivas, aun cuando dicha mejora no sea exigida, de manera for-

mal, por las reglamentaciones vigentes en los países donde ejerzan su actividad. Se trata asimismo de animar a las empresas a que respeten la posibilidad que tienen los trabajadores de abandonar una situación laboral cuando tengan motivos razonables para pensar que existe un peligro inminente y grave para la salud o la seguridad. También se abordan los problemas de salud y seguridad en el trabajo, habida cuenta de su importancia y de las complementariedades con otras recomendaciones, en otras disposiciones de las *Directrices*, sobre todo al analizar la protección de los consumidores y del medio ambiente.

28. De acuerdo con la recomendación contenida en el apartado 5, se insta a las empresas multinacionales a contratar en el mercado laboral local una proporción suficiente de su mano de obra (incluido el personal directivo) y a garantizarle una formación. Las disposiciones de este apartado relativas a la formación y al nivel de cualificación completan el texto del apartado 4 del capítulo sobre los principios generales relativos a la promoción de la formación del capital humano. Con la mención al personal local se completa el texto que alienta a la creación de capacidades locales en el apartado 3 del capítulo sobre los principios generales.

29. El apartado 6 recomienda a las empresas notificar, con una antelación razonable, a los representantes de los trabajadores y a las autoridades públicas competentes cuando dichas empresas contemplen introducir en sus actividades cambios susceptibles de tener efectos significativos sobre los medios de subsistencia de sus trabajadores, en el caso concretamente del cierre de una entidad que implique despidos colectivos. Como se indica en dicho apartado, el objetivo consiste en velar por la posibilidad de una cooperación con vistas a atenuar los efectos de estos cambios. Estamos ante un principio importante que se encuentra reflejado, en gran medida, en las reglamentaciones y prácticas relativas a las relaciones laborales de los países que han suscripto las *Directrices*, aun cuando las soluciones adoptadas para aprovechar la posibilidad de una cooperación constructiva no sean idénticas en todos los países considerados. Como también se indica en este apartado, convendría que la dirección se lo comunique a los interesados, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en cada caso, antes de la adopción de una decisión definitiva. De hecho, este preaviso antes de la adopción de la decisión final está previsto en las reglamentaciones y prácticas sobre relaciones laborales de un determinado número de países que han suscripto las *Directrices*. Sin embargo, no es el único medio de asegurar la posibilidad de una cooperación constructiva para atenuar los efectos de este tipo de decisiones, y las disposiciones legales y las prácticas de otros países que han suscripto las *Directrices* contemplan otros medios, fijando en particular un plazo durante el cual deben tener lugar consultas antes de que pueda aplicarse una decisión.

Comentario relativo al medio ambiente

30. El capítulo sobre el medio ambiente refleja sustancialmente los *Principios* y objetivos enunciados en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente

y el Desarrollo, en la Acción 21 (en el marco de la Declaración de Río) y en la Convención (de Aarhus) sobre el acceso a la información, la participación del público en el proceso de decisión y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. También refleja las *normas* promulgadas en instrumentos como la norma ISO sobre sistemas de gestión medioambiental.

31. Una gestión sana del medio ambiente representa una parte esencial del desarrollo sostenible y se considera cada vez más como una *responsabilidad* y una *oportunidad* para las empresas. Las empresas multinacionales tienen un papel que desempeñar en estas dos funciones. En consecuencia, conviene que los directivos de estas empresas presten en sus estrategias la atención necesaria a los problemas medioambientales. La mejora de los resultados medioambientales exige un compromiso con un enfoque sistemático y una mejora continua del sistema. Un sistema de gestión medioambiental ofrece el marco interno necesario para controlar el impacto medioambiental de una empresa y para integrar las consideraciones medioambientales en las actividades de la empresa. La introducción de un sistema de este tipo debería contribuir a asegurar a los accionistas, a los trabajadores y a los ciudadanos sobre la voluntad de la empresa de preservar el medio ambiente del impacto de sus actividades.

32. Además de la mejora de los resultados medioambientales, la implantación de un sistema de gestión medioambiental puede presentar ventajas económicas para las empresas, gracias a sus reducidos costes de explotación y de seguros, a los ahorros de energía y de recursos, a la reducción de las cargas en materia de conformidad y responsabilidad, al acceso más fácil al capital, a la mayor satisfacción de los clientes y a las mejores relaciones con la comunidad y con los ciudadanos.

33. Debe interpretarse un "sistema de gestión medioambiental adecuado" en el contexto de las *Directrices* en un sentido muy amplio, abarcando las actividades tendentes a controlar el impacto directo e indirecto a largo plazo sobre el medio ambiente, la lucha contra la contaminación y la gestión de los recursos.

34. En la mayoría de las empresas, es necesario un sistema de control interno para la gestión de las actividades de la empresa. Los componentes medioambientales de este sistema pueden incluir elementos tales como objetivos de mejora de los resultados y controles periódicos de los avances realizados en el cumplimiento de estos objetivos.

35. Las informaciones relativas a las actividades de la empresa y a su impacto medioambiental contribuyen a crear un clima de confianza con los ciudadanos. Esta cuestión es especialmente valiosa cuando se aportan las informaciones de una forma transparente y cuando se fomentan las consultas activas con las partes afectadas, como los trabajadores, los clientes, los proveedores, los contratistas, las comunidades locales y el público en general, con el fin de fomentar un clima de confianza y de comprensión a largo plazo respecto de las cuestiones medioambientales de interés general.

36. La actividad normal de la empresa puede implicar una evaluación *a priori* del impacto medioambiental potencial de sus operaciones. Las empresas realizan a menudo evaluaciones de impacto medioambiental adecuadas, aunque la ley no les obligue a hacerlo. Las evaluaciones medioambientales realizadas por las empresas pueden comprender la determinación, con una óptica amplia y de largo alcance, del impacto potencial de sus actividades, teniendo en cuenta los efectos pertinentes y examinando otras alternativas o medidas de atenuación con el fin de evitar o reparar los efectos negativos. Las *Directrices* admiten también que las empresas multinacionales tienen ciertas responsabilidades en otras etapas del ciclo de vida del producto.

37. Varios instrumentos adoptados por los países que han suscripto las *Directrices*, concretamente el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hacen referencia al "principio de precaución". Ninguno de estos instrumentos se dirige expresamente a las empresas, aunque la contribución de éstas se halle implícita en la totalidad de ellos.

38. Las *Directrices* parten de la premisa de que las empresas deben adoptar medidas lo antes posible y de una forma proactiva para evitar, por ejemplo, los daños graves o irreversibles al medio ambiente relacionados con sus actividades. No obstante, el hecho de que *Directrices* se dirijan a las empresas significa que ningún instrumento actual es totalmente adecuado para expresar esta recomendación. En consecuencia, las *Directrices* se basan en instrumentos existentes, pero no reflejan totalmente su contenido.

39. Las vocación de las *Directrices* no es reinterpretar los instrumentos actuales ni crear a los gobiernos nuevos compromisos o precedentes; su objetivo es exclusivamente recomendar cómo debe implantarse un enfoque de precaución en las empresas. Dado que este proceso se encuentra tan sólo en su fase inicial, se reconoce que su aplicación precisa una cierta flexibilidad en función del contexto concreto en el que se desarrolle. También se reconoce que los gobiernos establecen en este ámbito el marco base y que les compete el consultar periódicamente a las partes afectadas acerca de la mejor forma de avanzar.

40. Las *Directrices* también alientan a las empresas a esforzarse por mejorar el nivel de los resultados medioambientales de todas sus unidades productivas, aun cuando los países en los que ejerzan su actividad no lo exijan, de manera expresa, en la práctica.

41. Por ejemplo, las empresas multinacionales se encuentran a menudo en condiciones de recurrir a tecnologías o a procedimientos operativos que podrían contribuir, si se utilizasen, a mejorar globalmente los resultados medioambientales. Como se considera frecuentemente a las empresas multinacionales como líderes en su sector, es preciso recordar que pueden ejercer un efecto de emulación en las demás empresas. Lograr que el medio ambiente de los países en los que ejercen su actividad las empresas multinacionales se beneficie también de las tecno-

logías disponibles representa un medio importante de sostener, en un plano más general, las actividades de inversión internacional.

42. Las empresas tienen un papel importante que desempeñar en la formación y la educación en materia medioambiental de sus trabajadores. Se alienta a las empresas a cumplir esta responsabilidad en tan amplia medida como sea posible, especialmente en los ámbitos que afectan directamente a la salud y la seguridad humanas.

Comentario relativo a la lucha contra la corrupción

43. La corrupción no sólo es perjudicial para las instituciones democráticas y para el buen gobierno de la empresa, sino que también pone en peligro los esfuerzos consagrados para paliar la pobreza. Concretamente, las desviaciones de fondos derivadas de la corrupción socavan las medidas adoptadas por los ciudadanos para mejorar su bienestar económico, social y medioambiental. Las empresas tienen un importante papel que desempeñar en la lucha contra las prácticas corruptoras.

44. Se han hecho grandes avances en la dirección de una mejora de las condiciones generales de actuación de los poderes públicos y de una mayor sensibilización de las empresas respecto al problema de gestión que supone la corrupción. El *Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE* (en adelante, el *Convenio*) ha sido firmado por treinta y cuatro países y entró en vigor el 15 de febrero de 1999. Este *Convenio*, así como la *Recomendación revisada de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales* y la *Recomendación de 1996 sobre el carácter fiscalmente deducible de los pagos ilícitos realizados a agentes públicos extranjeros* son los instrumentos esenciales que permiten a los miembros del Grupo anticorrupción colaborar en la lucha contra el pago de comisiones destinadas a obtener o mantener un negocio internacional. Estos tres instrumentos combaten las operaciones de corrupción desde el lado de la oferta. Su objetivo es eliminar la "oferta" de pagos ilícitos a agentes públicos extranjeros, siendo competente cada país sobre las actividades de sus empresas y los actos cometidos en su territorio ². Se ha

² A efectos del *Convenio*, se define un "pago ilícito" como "el hecho (...) de ofrecer, prometer o conceder una ventaja indebida pecuniaria o de otra índole, directamente o a través de intermediarios, a un agente público extranjero, en su propio provecho o en provecho de un tercero, para que dicho agente actúe o se abstenga de actuar en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el fin de obtener o mantener un negocio u otra ventaja indebida en el comercio internacional". Se precisa en los Comentarios del *Convenio* (apartado 9) que "los pagos de pequeñas sumas denominados 'de agilización' no constituyen pagos 'encaminados a obtener o mantener un negocio u otra ventaja indebida' a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 y no representan, en consecuencia, una infracción a efectos de lo establecido en esta disposición. Estos pagos que se realizan en algunos países para inducir a los agentes públicos a cumplir

introducido un dispositivo de seguimiento para garantizar una aplicación y puesta en práctica, eficaz y coherente, del Convenio.

45. Respecto a la "demanda" de pagos ilícitos, son importantes las prácticas de buena gestión en la medida en que contribuyen a evitar a las empresas la solicitud de pagos ilícitos. Además, los gobiernos deberían ayudar a las empresas víctimas de dichas peticiones.

46. Otro elemento importante al respecto es la reciente actualización realizada por la Cámara de Comercio Internacional de su *Informe sobre la extorsión y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Este informe contiene recomendaciones dirigidas a gobiernos y organismos internacionales encaminadas a combatir la extorsión y la corrupción, así como un código de conducta destinado a las empresas y centrado en estas cuestiones.

47. La transparencia en el sector público y el sector privado es fundamental en la lucha contra la corrupción y la extorsión. Las empresas, las organizaciones no gubernamentales, los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales cooperan entre sí para reforzar las medidas contra la corrupción y mejorar la transparencia y la sensibilización de los ciudadanos ante los problemas de la corrupción. La adopción de prácticas adecuadas de gobierno de la empresa constituye un aspecto complementario de la implantación en la empresa de una cultura basada en la ética.

Comentario relativo a los intereses de los consumidores

48. Se introdujo en las *Directrices* de 1984 una breve mención a los "intereses de los consumidores" con el fin de tomar nota de la dimensión cada vez más internacional de las políticas de protección de los consumidores y de las consecuencias que pueden tener sobre estas políticas la expansión de los intercambios internacionales, el acondicionamiento de los productos, las técnicas de comercialización y venta y las cuestiones de seguridad de los productos. Desde esa fecha, el desarrollo del comercio electrónico y la creciente mundialización de los mercados han ampliado considerablemente el campo de actuación de las empresas multinacionales y han facilitado sustancialmente el acceso de los consumidores a sus bienes y servicios. Al revestir cada vez más importancia las cuestiones del consumo, un gran número de empresas hacen referencia en sus sistemas de gestión y en sus códigos de conducta a los intereses y a la protección de los consumidores.

49. En vista de estos cambios y con el fin de contribuir a mejorar la seguridad y la salud de los consumidores, se ha añadido a las *Directrices* con ocasión

sus funciones, principalmente cuando se trata de obtener una autorización o un permiso, son, por lo general, ilícitos en el país extranjero en cuestión. Los demás países pueden y deberían combatir este fenómeno corrosivo mediante medidas como el apoyo a programas de buena gestión de los asuntos públicos...".

del actual reexamen un capítulo sobre los *intereses de los consumidores*. El contenido de este capítulo se basa en los trabajos del Comité de Política de los Consumidores de la OCDE y retoma elementos de diversos códigos de conducta adoptados por las empresas individualmente o a nivel internacional (principalmente en el marco de la CCI), así como de las Líneas Directrices de las Naciones Unidas para la protección de los consumidores y de las Líneas Directrices de la OCDE para la protección de los consumidores en el contexto del comercio electrónico.

50. Las prácticas de las empresas se encuentran sujetas a todo un conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que protegen a los consumidores. El marco actual tiene el doble objetivo de proteger al consumidor y promover el crecimiento económico y hace cada vez más hincapié en el uso de mecanismos de autorregulación. Como se ha indicado, un gran número de códigos de conducta empresarial, nacionales o internacionales, abordan diversos aspectos de la protección de los consumidores y desarrollan el compromiso de las empresas de contribuir a la protección de la salud y la seguridad y de actuar de forma tal que el consumidor tenga confianza en el mercado. Para lograr esta confianza favoreciendo la participación de los consumidores y el crecimiento de los mercados, es esencial que estas prácticas garanticen a los consumidores una protección eficaz y transparente.

51. Situando el énfasis en el apartado 3 de este capítulo relativo a los métodos alternativos de solución de litigios, se ha querido destacar una solución que puede ser, en numerosos casos, más factible que una acción judicial, la cual puede ser costosa, compleja y muy larga para todas las partes. Es especialmente importante que los litigios relacionados con el consumo o con el uso de un producto determinado que origine riesgos o daños graves para la salud pública se resuelvan de una forma justa y rápida, sin costes o trámites excesivos para los consumidores.

52. Por lo que respecta al apartado 5, sería útil que las empresas se basasen en las Líneas Directrices de la OCDE sobre la protección de la intimidad y sobre los flujos transfronterizos de datos de carácter personal.

Comentario relativo a ciencia y tecnología

53. En una economía globalizada y basada en el conocimiento, en la que las fronteras nacionales juegan un papel de escasa importancia, incluso para las empresas de pequeño tamaño o de vocación nacional, la posibilidad de acceder a las tecnologías y a los conocimientos y de utilizarlos es esencial para mejorar los resultados de las empresas. Este acceso es también importante para que se materialicen los efectos macroeconómicos del progreso tecnológico, principalmente el crecimiento de la productividad y la creación de empleo, en el contexto del desarrollo sostenible. Las empresas multinacionales son el principal vehículo de las transferencias internacionales de tecnología. Contribuyen a la capacidad na-

cional de innovación de su país de acogida en la medida en que producen nuevas tecnologías, garantizan su difusión y facilitan también su uso en las empresas e instituciones nacionales. Las actividades de I+D de las empresas multinacionales pueden contribuir, cuando están bien conectadas al sistema nacional de innovación, a incrementar el progreso económico y social de su país de acogida. Por otra parte, la implantación de un sistema de innovación dinámico en el país de acogida amplía los mercados comerciales de las empresas multinacionales.

54. En consecuencia, el objetivo de este capítulo es alentar a las empresas multinacionales a difundir en los países en los que ejercen su actividad, teniendo presentes las restricciones sobre viabilidad económica y los factores de competitividad o de otra índole, los resultados de las actividades de I+D que llevan a cabo, contribuyendo así a la capacidad de innovación de su país de acogida. A este respecto, las empresas pueden promover la difusión de tecnologías comercializando productos que integren nuevas tecnologías, concediendo licencias para innovaciones de proceso, contratando y formando personal especializado en ciencia y tecnología y lanzando operaciones de I+D en cooperación. En caso de venta o concesión de tecnologías, no sólo deberían ser razonables las condiciones negociadas, sino que sería aconsejable que las empresas multinacionales contemplasen los efectos a largo plazo de las tecnologías sobre el desarrollo, el medio ambiente y otras áreas en el país de origen y de acogida. Las empresas multinacionales pueden dotar en sus actividades a sus filiales internacionales y a sus subcontratistas de capacidades de innovación y mejorar dichas capacidades. Además, las empresas multinacionales pueden atraer la atención sobre la importancia de las infraestructuras científicas y tecnológicas locales, tanto materiales como institucionales. En este sentido, las empresas multinacionales pueden contribuir valiosamente a la formulación por el país de acogida de marcos de actuación propicios al desarrollo de sistemas de innovación dinámicos.

Comentario relativo a la competencia

55. El objetivo de este capítulo de las *Directrices* es subrayar la importancia del derecho y de la política de competencia para el buen funcionamiento de los mercados nacionales e internacionales, recordar hasta qué punto es esencial el respeto del derecho y de la política de competencia por parte de las empresas nacionales y multinacionales y sensibilizar a todas las empresas respecto a la multiplicidad, al alcance y al rigor de las reglamentaciones de la competencia y respecto al grado de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia. Se entiende por "derecho de la competencia" las reglamentaciones "anticoncentración" y "antimonopolio" que prohíben las maniobras colectivas o individuales que pretendan: a) abusar de un poder de mercado o de una posición dominante, b) adquirir un poder de mercado o una posición dominante por una vía distinta de la eficiencia, o c) alcanzar acuerdos contrarios a la competencia.

56. En general, el derecho y la política de la competencia prohíben: a) los cárteles de núcleo duro; b) los demás acuerdos considerados contrarios a la competencia; c) las prácticas que exploten o refuercen una posición de dominio en el mercado o un poder de mercado; d) las fusiones y adquisiciones contrarias a la competencia. Con arreglo a la Recomendación de 1998 del Consejo de la OCDE relativa a una acción eficaz contra los cárteles de núcleo duro [C(98)35/Final], los acuerdos contrarios a la competencia previstos en el apartado (a) constituyen cárteles de núcleo duro, si bien la recomendación tiene en cuenta las diferencias en la reglamentaciones de los países miembros, principalmente las diferencias en las disposiciones que eximen o autorizan actividades que serían, en caso contrario, prohibidas. No pueden interpretarse las *Directrices* en el sentido de que las empresas no deben invocar dichas disposiciones. Las categorías contempladas en las letras b) y c) tienen un carácter más general, ya que los efectos sobre la competencia de los demás tipos de acuerdos o prácticas unilaterales son más equívocos y porque existe un menor consenso sobre lo que debe ser considerado o no contrario a la competencia.

57. La finalidad de la política de la competencia es contribuir al bienestar social y al crecimiento económico estableciendo y preservando condiciones de mercado en las que la naturaleza, la calidad y el precio de los bienes y servicios estén determinados por los mecanismos del mercado, a menos que las autoridades estimen necesario el cumplimiento de otros objetivos. Al tiempo que es beneficioso para los consumidores y para el conjunto de una economía, este marco de competencia recompensa a las empresas que responden, con eficacia, a la demanda de los consumidores; en este sentido, las empresas deberían aportar informaciones y dar su opinión cuando las autoridades públicas contemplen la aprobación de leyes y políticas susceptibles de mermar su eficiencia o de ser perjudiciales, de otro modo, para la competencia en los mercados.

58. Las empresas deben ser perfectamente conscientes de que son cada vez más numerosos los países que adoptan una legislación sobre competencia y que esta legislación prohíbe, con una frecuencia creciente, las actividades contrarias a la competencia desarrolladas en el extranjero si son perjudiciales para los consumidores nacionales. Además, existe un mayor riesgo de que una práctica contraria a la competencia que se produzca en un país tenga, como consecuencia del crecimiento del comercio y de la inversión transnacionales, efectos perjudiciales en otros países. En consecuencia, existe un riesgo creciente de que una práctica contraria a la competencia (unilateral o colusoria) lícita o susceptible de serlo en el país donde se produzca sea ilícita en otro país. Por consiguiente, es preciso que las empresas tengan presente la legislación tanto del país donde ejerzan su actividad como la de todos los países donde puedan tener efectos sus actividades.

59. Por último, las empresas deben ser muy conscientes de que las autoridades de defensa de la competencia cooperan, de una forma cada vez más estrecha, en la lucha contra las prácticas contrarias a la competencia y en las investi-

gaciones relacionadas con las mismas. En este sentido, podemos remitirles, desde una perspectiva general, a la Recomendación del Consejo sobre cooperación entre los países miembros en el área de las prácticas contrarias a la competencia que afectan a los intercambios internacionales [C(95)130(Final)] y al informe del Comité de la OCDE de derecho y política de la competencia [DAFFE/CLP(99)19] titulado: *Aumentar la eficiencia de los mercados internacionales gracias a la "cortesía activa" en la puesta en práctica de legislaciones de la competencia*. Cuando las autoridades de defensa de la competencia de distintos países examinen una misma conducta, el hecho de que las empresas faciliten la cooperación entre las autoridades contribuye a una toma de decisiones coherente y racional reduciendo, al mismo tiempo, los costes para las autoridades públicas y las empresas.

Comentario relativo a la fiscalidad

60. Un comportamiento responsable desde el punto de vista fiscal significa que las empresas deberán respetar las disposiciones legales y reglamentarias de carácter fiscal de todos los países en los que ejerzan sus actividades, colaborar con las autoridades y comunicarles determinados tipos de informaciones. Esta exigencia de comunicación de informaciones está sujeta, no obstante, a determinados límites. Concretamente, las *Directrices* establecen un vínculo entre las informaciones que deben aportarse y su pertinencia para la aplicación de las legislaciones fiscales de que se trate. Se tiene en cuenta, de este modo, el imperativo de equilibrio entre el coste que representa para las empresas el respeto de las legislaciones fiscales aplicables y la necesidad que tienen las autoridades fiscales de disponer de informaciones completas, actuales y exactas para poder aplicar sus normativas tributarias.

61. Un miembro de un grupo multinacional implantado en un país puede mantener estrechas relaciones económicas con otros miembros del mismo grupo implantados en otros países. Estos vínculos pueden tener un efecto sobre las obligaciones fiscales de cada una de las partes. En consecuencia, es posible que las autoridades fiscales necesiten informaciones procedentes del extranjero para pronunciarse respecto a estas relaciones y para establecer la deuda fiscal del miembro del grupo multinacional establecido en su territorio. Una vez más, las informaciones que tienen que aportarse se limitan a las relacionadas con la evaluación prevista de estas relaciones económicas con el fin de establecer correctamente la deuda fiscal del miembro del grupo multinacional. Las empresas multinacionales deberán cooperar en la comunicación de estas informaciones.

62. Otra cuestión relevante desde el punto de vista del comportamiento responsable de las empresas en el ámbito fiscal son los precios de transferencia. La espectacular expansión de los intercambios mundiales y de las inversiones directas transnacionales (y el destacado papel que desempeñan las empresas multinacionales en estos intercambios e inversiones) supone que los precios de

transferencia tienden a ser actualmente un factor determinante esencial de las obligaciones fiscales de los miembros de un grupo multinacional. Se subraya en el texto de las *Directrices* que suele ser difícil, tanto para las empresas multinacionales como para las administraciones fiscales, establecer si los precios de transferencia respetan el principio de plena competencia.

63. El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE trabaja permanentemente en la formulación de recomendaciones encaminadas a garantizar el respeto por los precios de transferencia del principio de plena competencia. Sus trabajos han desembocado en la publicación en 1995 de las Líneas Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia dirigidas a las empresas multinacionales y a las administraciones fiscales, que han dado origen a la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre fijación de precios de transferencia entre empresas asociadas (los miembros de un grupo multinacional son normalmente empresas asociadas).

64. Las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia están relacionadas con la aplicación del principio de plena competencia en la fijación de los precios de transferencia de las empresas asociadas. Su objetivo es ayudar a las administraciones fiscales (de los países miembros de la OCDE y de los países no miembros) y a las empresas multinacionales proponiendo soluciones mutuamente satisfactorias a los problemas que pueden plantear los precios de transferencia, de manera que se reduzcan las controversias entre las administraciones fiscales, así como las surgidas entre dichas administraciones y las empresas multinacionales, y se eviten, de este modo, procesos judiciales costosos. Se alienta a las empresas multinacionales a respetar las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, en su versión modificada y completada, para que sus precios de transferencia respeten el principio de plena competencia.

COMENTARIO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE PUESTA EN PRÁCTICA DE LAS LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES

1. La Decisión del Consejo constituye el compromiso de los países que han suscripto las *Líneas Directrices* de participar en la puesta en práctica de las recomendaciones contenidas en el texto de las *Directrices*. Se adjunta en anexo a la Decisión del Consejo la Guía de Procedimiento dirigida a los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) y al CIME.

2. La Decisión del Consejo subraya las responsabilidades esenciales de los países que han suscripto las *Directrices* en lo relativo a los PNC, que resumimos a continuación:

- Establecimiento de los PNC (que tendrán debidamente en cuenta la Guía de Procedimiento adjunta en anexo a la Decisión) y comunicación a las partes interesadas de la existencia de medios asociados a las *Directrices*

- Cooperación, cuando sea necesario, entre los PNC de distintos países.
- Reunión anual de los PNC e informe dirigido al CIME.

3. La Decisión del Consejo también define las responsabilidades del CIME en relación con las *Directrices*:

- Organizar intercambios de puntos de vista sobre cuestiones relativas a las *Directrices*.
- Aportar clarificaciones cuando sea necesario.
- Organizar intercambios de puntos de vista sobre las actividades de los PNC.
- Elaborar un informe dirigido al Consejo de la OCDE sobre las *Directrices*.

4. El CIME es el órgano de la OCDE responsable de supervisar el funcionamiento de las *Directrices*. Esta responsabilidad no se limita exclusivamente a las *Directrices*, sino que abarca todos los elementos de la Declaración (instrumentos relativos al tratamiento nacional, a los incentivos y desincentivos a la inversión internacional y a las obligaciones contradictorias). El CIME vela por el respeto, en el marco de la Declaración, de una buena comprensión de cada elemento y actúa de manera de que todos los elementos se complementen y actúen en armonía.

5. Teniendo en cuenta la importancia creciente de la *Directrices* en los países no miembros de la OCDE, la Decisión contempla la realización de consultas con los países que no las hayan suscripto acerca de cuestiones abordadas por las *Directrices*. Esta disposición permite al CIME organizar reuniones periódicas con grupos de países interesados por estas cuestiones, o establecer contactos con países individuales si se estima necesario. En estas reuniones y contactos podría abordarse la experiencia adquirida en el funcionamiento global de las *Directrices* o bien cuestiones concretas. En la Guía de Procedimiento adjunta en anexo a la Decisión figuran indicaciones relativas a la interrelación del CIME y de los PNC con los países que no han suscripto las *Directrices*.

I. Guía de Procedimiento dirigida a los PNC

6. Los Puntos Nacionales de Contacto tienen un importante papel que desempeñar en la mejora del perfil y de la eficacia de las *Directrices*. Es indudable que corresponde a las empresas respetar las *Directrices* en su conducta cotidiana, aunque los gobiernos pueden contribuir a mejorar la eficacia de los procedimientos de puesta en práctica. Con este fin, los gobiernos consideran que son necesarias mejores directrices relativas a las modalidades de actuación y a las actividades de los PNC, incluyendo la celebración de reuniones anuales y la supervisión por parte del CIME.

7. La mayoría de las funciones de la Guía de Procedimiento adjunta a la Decisión no son nuevas, sino que reflejan la experiencia adquirida y las recomendaciones formuladas a lo largo del tiempo (véase, por ej., el informe de reexamen de 1984 C/MIN(84)5(Final)). Al hacerlas más explícitas, aumenta la transparencia del funcionamiento esperado de los mecanismos de ejecución de las *Directrices*. Todas las funciones quedan, a partir de ahora, definidas en cuatro puntos en la Guía de Procedimiento relativa a los PNC: modalidades institucionales, información y promoción, aplicación en casos concretos y elaboración de informes.

8. Precede a estos cuatro puntos un párrafo de introducción en el que se define la finalidad principal de los PNC, así como los criterios esenciales destinados a promover el concepto de "equivalencia funcional". En la medida en que los gobiernos tienen una cierta flexibilidad en la organización de sus PNC, éstos están obligados a funcionar de manera visible, accesible, transparente y responsable. Estos criterios guiarán a los PNC en el cumplimiento de sus funciones y serán también útiles para el CIME cuando analice la forma en que los PNC desempeñan su misión.

Criterios esenciales de equivalencia funcional relativos a las actividades de los PNC

Visibilidad. Con arreglo a la Decisión, los gobiernos que han suscripto las *Directrices* se comprometen a designar Puntos Nacionales de Contacto y a informar a los medios de negocios, a las organizaciones sindicales y a las demás partes interesadas, incluidas las ONG, de la existencia de los medios asociados a los PNC para la aplicación de las *Directrices*. Se presupone que los gobiernos publicarán informaciones en su Punto de Contacto y desempeñarán un papel activo en la promoción de las *Directrices*, lo que podría llevarles a organizar seminarios y reuniones respecto a este instrumento. Podrían organizarse estas reuniones en colaboración con empresas, sindicatos, ONG y otras partes interesadas, sin que sea necesario que estas reuniones congreguen a la vez a todos estos colectivos.

Accesibilidad. La facilidad de acceso a los PNC es importante para su buen funcionamiento. Este factor significa que las empresas, los sindicatos, las ONG y los ciudadanos en general deben poder recurrir fácilmente a los PNC. También pueden facilitar este acceso los medios de comunicación electrónicos. Los PNC deberán responder, de una manera eficaz y pronta, a todas las solicitudes legítimas de información y abordar las cuestiones específicas planteadas por las partes afectadas.

Transparencia. La transparencia es un criterio importante en la medida en que contribuye a la responsabilidad del PNC y a la confianza de los ciudadanos. De este modo, la mayoría de las actividades de los PNC serán transparentes. No obstante, cuando el PNC ponga a disposición sus "buenos oficios" para la puesta en práctica de las *Directrices* en circunstancias concretas, la eficacia precisará la

adopción de las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de los trabajos. Se aplicará la transparencia en lo relativo a los resultados, a menos que el mantenimiento de la confidencialidad condicione la aplicación eficaz de las *Directrices*.

Responsabilidad. También atraerá la atención del público hacia sus actividades el hecho de que los PNC contribuyan, de una manera más activa, a transmitir un mejor conocimiento de las *Directrices* —y a estar en mejores condiciones de facilitar la resolución de cuestiones delicadas entre las empresas y las sociedades en las que ejercen su actividad—. A nivel nacional, los Parlamentos podrían tener un papel que desempeñar. Los informes anuales y las reuniones anuales de los PNC constituirán la ocasión para compartir la experiencia adquirida y para promover la adopción de “prácticas ejemplares” por los PNC. El CIME organizará intercambios de opiniones de manera que se comparta la experiencia adquirida y se evalúe la eficacia de las actividades de los PNC.

Modalidades institucionales

9. Los PNC deberán presentar una composición tal que puedan responder eficazmente al amplio abanico de cuestiones relativas a las *Directrices*. Existe la posibilidad de que tengan distintos tipos de organización (por ej., representantes de un ministerio, un grupo interministerial o un grupo que incluya a representantes de órganos no gubernamentales). Podría ser útil que la dirección del PNC recaiga en un alto funcionario. La persona responsable del PNC debe estar en condiciones de despertar la confianza entre los agentes sociales y de promover las *Directrices* entre los ciudadanos. Los PNC deberían establecer y desarrollar, con independencia de cuál sea su composición, relaciones con los representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales y de otras partes interesadas.

Información y promoción

10. Las funciones de los PNC relacionadas con la información y promoción son fundamentales para mejorar el perfil de las *Directrices*. Estas funciones ponen también énfasis en las responsabilidades “proactivas” de los PNC.

11. Los PNC deben mejorar el conocimiento de las *Directrices* y difundirlas mediante medios adecuados, incluso en los idiomas nacionales. En este sentido, puede ser un medio eficaz en términos de costes la publicación de información a través de Internet, aunque no pueda garantizarse el acceso universal a este tipo de información. Estarán disponibles versiones del texto en inglés y francés a través de la OCDE y se recomienda el establecimiento de enlaces con la página web de las *Directrices* de la OCDE. Si llega el caso, los PNC informarán sobre las *Directrices* a los potenciales inversores deseosos de invertir en el país o en el extranjero. Otra disposición prevé también que los PNC colaborarán, en sus ac-

ciones de promoción de las *Directrices*, con un amplio abanico de organizaciones y personas, incluidos, según las circunstancias, los círculos empresariales, las organizaciones sindicales, otras organizaciones no gubernamentales y el público interesado.

- Otra de las actividades principales de los PNC consiste en responder a las solicitudes legítimas de información. Se incluyen especialmente los tres grupos siguientes: (i) los demás Puntos Nacionales de Contacto (la Decisión incluye una disposición específica en este sentido); (ii) los círculos empresariales, las organizaciones sindicales, las organizaciones no gubernamentales y el público; (iii) los gobiernos de los países que no hayan suscripto las *Directrices*.

Aplicación en casos concretos

13. Cuando se planteen cuestiones acerca de la aplicación, en circunstancias concretas, de las *Directrices*, el PNC debe contribuir a resolverlas. Por lo general, las cuestiones serán analizadas por el PNC existente en el país donde se planteen. En el caso de los países que hayan suscripto las *Directrices*, se presentarán y examinarán estas cuestiones, en primer lugar, a nivel nacional y, si llega el caso, se retomarán a nivel bilateral. Esta sección de la Guía de Procedimiento define las directrices para los PNC para ayudarles a abordar estas situaciones. El PNC puede adoptar asimismo otras medidas encaminadas a una aplicación eficaz de las *Directrices*.

14. En la evaluación inicial relativa a la pertinencia de un examen más profundo de la cuestión, el PNC deberá establecer si la cuestión planteada lo es de buena fe y guarda relación con las *Directrices*. En este contexto, el PNC tendrá en cuenta:

- la identidad de la parte implicada y su interés en el asunto;
- la pertinencia de la cuestión y los elementos de apoyo aportados;
- la pertinencia de las leyes y procedimientos aplicables;
- la forma en que se abordan o se han abordado a nivel nacional o internacional cuestiones similares;
- el interés que reviste el examen de la cuestión en relación con los objetivos y con una aplicación eficaz de las *Directrices*.

15. Al término de esta evaluación inicial, el PNC deberá responder a la parte o a las partes que hayan presentado la cuestión. Si el PNC decide que la cuestión no merece un análisis más detenido, motivará su decisión.

16. Si las cuestiones planteadas justifican un examen más detallado, el PNC analizará la cuestión con las partes implicadas y pondrá a disposición sus "buenos oficios" para tratar de contribuir, de una manera informal, a su resolución. Si

llega al caso, los PNC aplicarán el procedimiento previsto en los apartados 2a) a 2d). Podrán solicitar la opinión de las autoridades competentes y de los representantes de los círculos empresariales, de las organizaciones sindicales, de otras organizaciones no gubernamentales y de expertos. También podrán contribuir a resolver estas cuestiones las consultas con los PNC de otros países o las peticiones de ayuda respecto a puntos relacionados con la interpretación de las *Directrices*.

17. En el marco de la puesta a disposición de sus buenos oficios y si lo exigen las cuestiones planteadas, los PNC brindarán o facilitarán el acceso a procedimientos consensuales, no contenciosos, como la conciliación o la mediación, con el fin de ayudar a la resolución de las controversias planteadas. Como ocurre en el caso de las prácticas aceptadas de conciliación y mediación, únicamente se utilizarán estos procedimientos con la conformidad de las partes afectadas.

18. Si no llegan las partes implicadas a un acuerdo sobre las cuestiones planteadas, el PNC publicará un comunicado y, en su caso, formulará recomendaciones acerca de la aplicación de las *Directrices*. Este procedimiento establece, de una manera clara, que el PNC publicará un comunicado aun cuando estime que no es necesaria una recomendación concreta.

19. Se reconoce que la transparencia es un principio general de actuación de los PNC en sus relaciones con los ciudadanos (véase el apartado 8 anterior relativo a los "criterios esenciales"). No obstante, el apartado C4 admite la existencia de circunstancias concretas en las que es importante la confidencialidad. El PNC adoptará las medidas necesarias para proteger los datos confidenciales de las empresas. De igual modo, también deberán permanecer en secreto, en interés de una mayor eficacia de las *Directrices*, otros datos como la identidad de las personas implicadas en el procedimiento. Se sobrentiende que los hechos y argumentos aportados por las partes se incluyen dentro de la noción de "trabajos". No obstante, es esencial alcanzar un equilibrio entre la transparencia y la confidencialidad para que los procedimientos de las *Directrices* despierten confianza y para promover su puesta en práctica eficaz. De este modo, aunque el apartado C4 precisa que los trabajos asociados a la puesta en práctica de las *Directrices* permanecerán normalmente en secreto, su resultado normalmente será transparente.

20. Como se indica en el art. 2º del capítulo relativo a los "conceptos y principios", se alienta a las empresas a respetar las *Directrices* en todos los países donde ejerzan sus actividades, teniendo en cuenta la situación específica de cada país de acogida.

- Si se planteasen cuestiones relacionadas con las *Directrices* en países que no las hayan suscripto, los PNC adoptarán medidas para llegar a una mayor comprensión de las cuestiones planteadas. Si se considerase inviable, en ocasiones, acceder a determinadas informaciones o reunir a

todas las partes implicadas, el PNC podrá estar, no obstante, en condiciones de proceder a investigaciones. Una parte de estas medidas puede consistir en entrar en contacto con la dirección de la empresa del país de acogida y eventualmente con las autoridades competentes del país que no haya suscripto las *Directrices*.

- La existencia de conflictos con las leyes, los reglamentos y las políticas de los países de acogida puede convertir la puesta en práctica efectiva de las *Directrices* en circunstancias concretas en una tarea más difícil que en los países que hayan suscripto las *Directrices*. Como se ha advertido en el comentario del capítulo relativo a los principios generales, cuando las *Directrices* aborden aspectos, como sucede en numerosos casos, no contemplados en la ley, éstas no deben y no tienen por objeto poner a las empresas en una situación en la que se enfrenten a obligaciones contradictorias.
- Deberán comunicarse a las partes implicadas las limitaciones inherentes a la puesta en práctica de las *Directrices* en los países que no las hayan suscripto.
- Las cuestiones relativas a la aplicación de las *Directrices* en países que no las hayan suscripto también pueden ser examinadas con ocasión de las reuniones anuales de los PNC con el fin de contribuir a aumentar la experiencia en el área del tratamiento de cuestiones planteadas en estos países.

Elaboración de informes

21. La elaboración de informes será una responsabilidad importante de los PNC, que permitirá también crear una base de conocimientos y adquirir un saber-hacer con vistas a mejorar la eficacia de las *Directrices*. Los PNC respetarán, en sus informes acerca de las actividades de puesta en práctica de las *Directrices* en circunstancias concretas, los principios de transparencia y confidencialidad que se describen en el apartado C4.

II. Guía de Procedimiento dirigida al CIME

22. La Guía de Procedimiento adjunta en anexo a la Decisión del Consejo comprende asimismo una guía de procedimiento dirigida al Comité en el ejercicio de sus responsabilidades, compuesta por las siguientes directrices:

- Cumplir sus atribuciones de una manera eficaz y rápida.
- Estudiar las peticiones de ayuda de los PNC.
- Organizar intercambios de opiniones acerca de las actividades de los PNC.
- Brindar la posibilidad de recurrir a la opinión de expertos.

23. El carácter no imperativo de las *Directrices* prohíbe al Comité actuar como un órgano judicial o cuasijudicial. Tampoco deberán ponerse en duda las conclusiones y comunicados formulados por los PNC (distintas de las interpretaciones de las *Directrices*) mediante su reenvío al CIME. Se ha mantenido en la propia Decisión la disposición en la que se prevé que el Comité debe abstenerse de extraer conclusiones acerca del comportamiento de empresas determinadas.

24. El CIME estudiará las peticiones de ayuda de los PNC, incluso cuando exista una duda respecto a la interpretación en circunstancias concretas de las *Directrices*. Este apartado refleja el contenido del apartado C2c) de la Guía de Procedimiento adjunta en anexo a la Decisión del Consejo relativa a los PNC, en virtud del cual se insta a los PNC a recabar la opinión del CIME en caso de duda respecto a la interpretación, en tales circunstancias, de las *Directrices*.

25. El CIME no estará obligado a realizar, con ocasión de las discusiones sobre las actividades de los PNC, exámenes anuales de cada PNC individualmente, sino que podrá formular recomendaciones, cuando se estime necesario, con el fin de mejorar el funcionamiento de los PNC con miras principalmente a una aplicación eficaz de las *Directrices*.

26. El CIME examinará asimismo las quejas motivadas procedentes de un país que haya suscripto las *Directrices* o de un órgano consultivo en el caso de que se reproche a un PNC el no cumplir con sus obligaciones en materia procedimental en la puesta en práctica de las *Directrices* en circunstancias concretas. Esta disposición completa las disposiciones de la Guía de Procedimiento relativas a la elaboración de informes de actividad por parte de los PNC.

27. Seguirán siendo una de las responsabilidades esenciales del CIME las clarificaciones del significado de las *Directrices* a nivel multilateral, con el fin de garantizar la unidad de interpretación de las *Directrices* de un país a otro. El CIME también examinará las peticiones motivadas, formuladas por un país que haya suscripto las *Directrices* o por un órgano consultivo, relativas a la conformidad de una interpretación de las *Directrices* por un PNC con la interpretación del CIME. Estos exámenes no serán necesarios muy a menudo, aunque podrán permitir garantizar una interpretación coherente de las *Directrices*.

28. Por último, el CIME puede decidir recurrir a expertos para abordar cuestiones más generales (por ej., el trabajo infantil, los derechos humanos) y elaborar informes respecto a estas cuestiones o a cuestiones individuales, o bien para mejorar la eficacia de los procedimientos. Con este fin, el CIME podrá recurrir a expertos de la OCDE, de otros organismos internacionales, de órganos consultivos, de ONG, de medios universitarios y otros. Se sobrentiende que no se trata de crear un grupo especial encargado de resolver cuestiones individuales.

LA PARTICIPACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
EN LA EDICIÓN 2005 DE LA "PHILLIP C. JESSUP INTERNATIONAL
LAW MOOT COURT COMPETITION"

por FEDERICO LAVOPA, LUCIANA RICART (coordinación general),
LUCAS BARREIROS, MARÍA ALEJANDRA ETCHEGORRY y ANDREA MACKIELO

Introducción

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, en atención a difundir los logros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos ha encomendado por segundo año consecutivo que nos embarquemos en la traducción de los trabajos presentados en la competencia de derecho internacional *Philip C. Jessup*.

Las memorias que se transcriben a continuación de este prefacio son las presentadas por el equipo de la Facultad en la edición 2005 de la mencionada competencia, las cuales fueron galardonadas con el premio *Alona E. Evans al Quinto Mejor Memorial*.

Cabe destacar que el equipo que representó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires —integrado por los alumnos Lucas Emiliano Barreiros, María Alejandra Etchegorry, Andrea Laura Mackielo y María Paula Morelli, y dirigido por los abogados Luciana Ricart y Federico Lavopa— alcanzó el más alto resultado obtenido en la historia de la participación de esta casa de estudios en la simulación. De 103 equipos provenientes de 80 países de diferentes partes del mundo que compitieron en las rondas internacionales, la UBA alcanzó el *tercer puesto* en el ranking general de las rondas preliminares, accediendo de esta manera a las rondas avanzadas de la competencia y ubicándose entre los cuatro equipos *semifinalistas*.

¿En qué consiste la competencia? La organiza la Interational Law Students Association (ILSA), y es lo que se conoce en inglés como "*moot court competition*". Se trata de un simulacro de juicio ante la Corte Internacional de Justicia, en el que, frente a un caso hipotético, los equipos deben presentar sus argumentos primero en forma escrita (un memorial para la parte actora y otro para la parte demandada), y luego defenderlos oralmente frente a un tribunal de profesores de derecho internacional que ofician de jueces.

La competencia se llevó a cabo por primera vez en la Universidad de Harvard el 8 de mayo de 1960, oportunidad en la cual sólo participaron dos

equipos, ambos pertenecientes a la Escuela de Derecho de la mencionada Universidad. Desde entonces, la competencia "Jessup" ha crecido en forma casi exponencial. Este año involucró a cerca de 600 facultades provenientes de más de 80 países, haciendo de la misma no sólo la mayor de su historia, sino también, y por mucho, la mayor competencia de simulación de alegatos del mundo.

El certamen se divide en dos instancias principales: las rondas nacionales, de las que surgen los equipos campeones que representarán a su país en las rondas internacionales —segunda etapa— celebradas siempre en la ciudad de Washington, Estados Unidos a fines del mes de marzo.

Para lograr alcanzar la instancia internacional, la participación del equipo de la facultad se remonta a agosto de 2004, fecha en la cual los estudiantes mencionados fueron seleccionados luego de un arduo proceso de selección convocado por la Secretaría de Investigación y Relaciones Institucionales de la Facultad. En los primeros meses, el equipo y sus entrenadores se dedicaron a investigar los temas sobre los que versaría el caso. A partir de septiembre, mes en el que se publicó el caso hipotético, el equipo 413 —número otorgado al equipo de la UBA a fin de mantener el anonimato— vio su tarea multiplicarse: ya no sólo había que investigar, sino que era necesario analizar minuciosamente hechos y detalles, debatir argumentos, elaborar estrategias y consensuar ideas, a fin de plasmar todo ello en forma clara, acabada y precisa en escasas 12.000 palabras.

En el mes de febrero, la Facultad de Derecho de la UBA debió superar las rondas nacionales, alzándose con el primer premio tanto en la parte escrita como en la oral, al vencer a la Universidad Nacional de Córdoba, adquiriendo de este modo el derecho de representar a la República Argentina en la instancia internacional.

Una vez llegados a Washington —empresa que fue posible gracias al apoyo económico de la Facultad y a la donación de los pasajes aéreos por parte de la embajada de Estados Unidos— el equipo consiguió sendos triunfos ante difíciles rivales y accedió a las rondas avanzadas, posicionándose *tercera* y alcanzando, por primera vez en la historia de un equipo argentino, las *semifinales* de la competencia.

Por último, cabe destacar que el gran esfuerzo de los estudiantes de nuestra Facultad, junto con el apoyo docente e institucional proporcionado, rindieron sus frutos y permitieron al equipo representante de la UBA posicionarse, una vez más, entre los mejores del mundo. Sin dudas, nuestro equipo se encuentra en el camino correcto, por el cual deberán continuar los futuros representantes de la Facultad como una suerte de legado para lograr el tan ansiado resultado: consagrar a la UBA, por primera vez en su historia, campeona del certamen.

El caso hipotético de la edición 2005

Este año, la inventiva de los autores del caso llevó a plantear una controversia entre dos Estados ficticios referida a temas de Derecho del Mar y Derecho

Ambiental. La disputa versó en torno a la suerte de un buque comercial de carga, su tripulación y cargamento, luego de que el barco encallara como producto de un ataque pirata. Presentó el problema de la atribución de responsabilidad por el ataque sobre el buque, así como por el daño ambiental derivado del derrame de materiales radioactivos en el océano.

Cabe aclarar que el contenido del caso hipotético se presenta como un acuerdo especial (*special agreement* o *compromis*) en los términos del art. 40.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia entre los dos Estados ficticios que forman parte del litigio.

La traducción del resumen del caso y las memorias, cuyo texto original obra en idioma inglés, fue realizada por los alumnos Lucas Barreiros, María Alejandra Etchegorry y Andrea Mackielo y por la abogada Luciana Ricart. Asimismo, la corrección y coordinación general de la traducción estuvo a cargo de los entrenadores académicos del equipo, abogados Federico Lavopa y Luciana Ricart.

Abogados FEDERICO LAVOPA y LUCIANA RICART

"ACUERDO ESPECIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE APPOLLONIA Y EL REINO DE RAGLAN PARA SER SOMETIDO A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL DIFERENDO EXISTENTE ENTRE AMBOS RELATIVO AL BUQUE MAIRI MARU"

1. La República de Appollonia (demandante en este diferendo) es una pequeña nación costera tecnológicamente avanzada. La República Democrática de Maguffin (la cual no es parte en este caso) es una vasta y desarrollada nación insular situada alrededor de unos 1440 kilómetros de la costa de Appollonia. El Reino de Raglan (Estado demandado) es una nación archipelágica subdesarrollada, situada a mitad de camino entre Appollonia y Maguffin. En el Anexo I, se presenta un mapa de los tres países, en donde también se pueden localizar otros eventos relevantes para este caso.

2. Situado en una región oceánica aproximadamente a unos 350 kilómetros al sudeste de la isla más austral de Raglan, se encuentra un pequeño grupo de bancos de arena inhabitados, no reclamados por ningún Estado, conocidos como los "Norton Shallows". En esta región, desde hace mucho tiempo, industrias de pesca deportiva, buceo y eco-turismo desarrollan sus actividades. Estas actividades son conducidas en su mayoría por compañías privadas de Raglan, y otorgan al gobierno de Raglan una recaudación impositiva anual de más de 80 millones de euros.

3. (...) Dado que Appollonia no posee fuentes propias de carbón o gas, ha desarrollado la energía nuclear como una fuente poco costosa de energía. En el año 1995, el Ministerio de Energía de Appollonia construyó un reactor nuclear, el cual satisface la mayoría de las necesidades eléctricas del país. El gobierno de

Appollonia es el dueño y operador de dicho reactor, así como de todos los materiales nucleares usados y producidos por el reactor. En 1996, Appollonia celebró un "acuerdo de salvaguardias" con el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), en cumplimiento de sus obligaciones bajo el art. III.1 del Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares. Dicho acuerdo de salvaguardias se conformó a las directrices de la Circular 153 del OIEA, titulada: "Estructura y contenido de los acuerdos entre los Estados y el organismo requeridos en relación con el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares".

4. Como resultado de su operación normal, la planta de energía de Appollonia produce una cantidad significativa de plutonio, un producto secundario de la reacción nuclear. En 1997, el Ministerio de Energía de Appollonia ordenó que el plutonio fuera mezclado con uranio empobrecido a los efectos de producir combustible óxido mixto (MOX, siglas en inglés). El Ministerio de Energía tenía en mente que el MOX fuera usado como combustible nuclear.

5. En abril de 1997, el Ministerio de Energía de Appollonia concluyó un acuerdo de cinco años para vender su excedente de MOX a la Compañía Atómica Recicladora de Maguffin (MARC, siglas en inglés). (...) Dicho acuerdo fue debidamente comunicado al OIEA por ambas Appollonia y Maguffin, como así también fueron comunicados todos los transportes de MOX hechos en el marco de dicho acuerdo (...).

6. En 1995, varias bandas de piratas tecnológicamente avanzados comenzaron a acechar a los buques en los estrechos formados por las islas del archipiélago raglaniano. En el curso de los próximos siguientes años, la frecuencia de los ataques se incrementó. (...) En su Informe Anual sobre Piratería del año 1998, el International Maritime Bureau (IMB), una división de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), informó que solamente en 1997, se habían registrado 40 ataques piratas en contra de buques en el archipiélago raglaniano.

7. El 30 de septiembre de 1998, la ILSA, la asociación líder en aseguradores y reaseguradores de buques mercantes, emitió una "advertencia severa" a sus miembros en relación a las rutas de tránsito a través de las islas de Raglan. El comunicado contenía una advertencia de "cinco puntos", el nivel más alto de peligro que la Asociación puede emitir, indicando a los aseguradores y reaseguradores que ILSA consideraba que dichas rutas presentaban un riesgo irrazonable de pérdida (...).

8. Luego de la advertencia de ILSA, la cantidad del tránsito de carga usando los puertos de Raglan decayó considerablemente, así como también lo hizo el número de buques que transitaban a través del archipiélago. El Ministerio de Economía de Raglan estimó que en 1999, Raglan perdió el equivalente a 80 millones de euros en recaudación directamente atribuible a la merma en el transporte. Sin embargo, Appollonia continuó transportando MOX por medio de cargadores privados a través el archipiélago raglaniano durante este período, sin reportarse ningún incidente.

9. En 1999, representantes del OIEA inspeccionaron el programa nuclear de Appollonia ante la invitación del Ministerio de Energía. El OIEA concluyó que el programa cumplía con los estándares internacionales, pero destacó su preocupación con respecto a los procedimientos utilizados en la exportación de MOX por Appollonia. El informe final del OIEA, emitido públicamente el 31 de julio de 1999, concluyó: "Appollonia no notifica a los Estados afectados como Raglan que el MOX será transportado a través de sus aguas territoriales o zona económica exclusiva. El MOX es transportado sin las salvaguardias adecuadas en buques privados a través de aguas que se sabe están frecuentadas por piratas".

10. El 20 de agosto de 1999, en una respuesta oficial al Informe del OIEA, la ministro de Energía de Appollonia, Antonieta Ybarra, declaró:

"La Marina de Appollonia no está equipada para proteger los cargamentos de MOX de un modo efectivo. Creemos que los cargadores privados especializados que utilizamos están en una mejor posición para financiar y coordinar el transporte y la protección del MOX. Además, notificamos al OIEA de los transportes como es requerido. Pero en aras a mantener el nivel más alto de seguridad, no otorgamos otro tipo de publicidad o identificamos el cargamento".

La ministro Ybarra también hizo referencia a pruebas fidedignas indicando que no había habido ningún ataque pirata en contra de los más de 20 transportes desde Appollonia a Maguffin en los dos años anteriores.

11. El 15 de octubre de 1999, el primer ministro de Raglan, Robert Price, anunció que su gobierno establecería un "nuevo y extendido programa anti-piratería". Sintetizó las características del programa de la siguiente manera:

"Tras el requerimiento de cualquier buque entrando o saliendo de las aguas archipelágicas de Raglan —o partiendo de cualquier puerto de Raglan— la Marina Real de Raglan proveerá un oficial naval que se desempeñará como piloto. El oficial abordará el buque y lo conducirá a través de todo el curso de su viaje por las aguas archipelágicas de Raglan. Raglan se hará cargo de todos los costos asociados con el programa. La Marina Real monitoreará electrónicamente el avance de dichas naves, y el piloto estará en permanente contacto con buques de la armada. Creemos que estamos en condiciones de responder con apoyo tanto aéreo como marítimo dentro de los 30 minutos a una llamada de peligro de alguno de nuestros pilotos. El programa se pondrá en marcha en forma inmediata".

Bajo el nuevo programa, los buques participantes exhibirían una bandera especialmente diseñada, indicando que se encuentran bajo protección de la marina.

12. El programa cobró inmediata popularidad. Casi todos los buques que viajaban por o a través de las aguas archipelágicas de Raglan solicitaron un piloto de la Marina Real de Raglan. El programa fue asimismo extremadamente exitoso. En los primeros dos años del programa, ningún buque timoneado por un Oficial de la Marina Real fue atacado por piratas. Los pocos ataques piratas que se registraron, tuvieron lugar sólo de noche y sólo en el extremo oeste y escasamente poblado del archipiélago de Raglan. Como resultado de la disminución en la frecuencia de los ataques, ILSA redujo su nivel de alerta a "cuatro puntos", indicando que tendría en consideración disminuir aún más el índice de advertencia en el futuro.

13. El 30 de noviembre de 2001, el primer ministro Price anunció que la Marina Real ya no podía proveer suficientes oficiales para cumplir con cada solicitud de una escolta. Declaró que la Marina comenzaría a seleccionar y entrenar a contratistas privados para servir como pilotos. A estos contratistas les pagaría el gobierno de Raglan y serían usados de modo intercambiable con los oficiales de la Marina en el programa anti-pirata. Los pilotos, ya fueren oficiales de la Marina o contratistas privados, continuarían siendo asignados por la Marina Real y estarían en condiciones de solicitar la intervención armada de la Marina en cualquier momento si así fuere necesario. Alrededor de 100 ciudadanos privados de Raglan fueron así entrenados y colocados bajo el programa.

14. El *Mairi Maru* es un buque privado de pabellón de Appollonia y es uno de los mayores buques de carga oceánicos de doble casco existentes en Appollonia. El 26 de julio de 2002, el *Mairi Maru*, conducido por una tripulación pequeña, zarpó del puerto más grande de Appollonia en dirección hacia Maguffin, en un rumbo que lo llevó a través del archipiélago de Raglan. El capitán del buque refirió posteriormente que había planificado la ruta en aras de minimizar el riesgo de un ataque pirata. En particular, eligió una ruta que atravesaba el centro del archipiélago, adhiriendo a un cronograma que no requeriría que el *Mairi Maru* viajara de noche. No solicitó un piloto de Raglan al aproximarse a las aguas territoriales de dicho Estado.

15. De acuerdo al manifiesto de carga del buque, la embarcación estaba cargada con varias cajas de MOX. Las únicas personas o entidades enteradas de que el *Mairi Maru* transportaba MOX eran: el Ministerio de Energía de Appollonia, la sede central del OIEA, la cual había sido notificada del inminente envío, y el capitán y el primer oficial del buque.

16. El *Mairi Maru* sufrió una demora de varias horas luego de su partida debido a una rigurosa tormenta, y se aproximaba a las aguas archipelágicas de Raglan tres horas antes del atardecer el 27 de julio. Al darse cuenta entonces de que ahora estaría forzado a atravesar el archipiélago de noche, el capitán contactó por radio a la Marina Real de Raglan y solicitó un piloto. El piloto asignado, un contratista privado que se identificó a sí mismo como Thomas Good, arribó dos

horas después y subió a bordo del buque, junto con dos hombres que identificó como sus asistentes.

17. De acuerdo al relato de los sobrevivientes, a las 23:00 horas del 27 de julio, el Sr. Good reveló al capitán del *Mairi Maru* que había traído consigo a bordo un pequeño dispositivo explosivo. Amenazó con detonar el dispositivo si el capitán y su tripulación no entregaban el control del buque. Consciente de que los piratas raglanianos generalmente no lastimaban a sus víctimas, y en orden a minimizar las pérdidas de vidas, el capitán accedió. Le ordenó a su tripulación entera, la mayoría de la cual estaba durmiendo o en la bodega en ese momento, que se dirigiera a la cocina de la embarcación. El Sr. Good y sus asistentes encerraron a la tripulación en la cocina y tomaron control del *Mairi Maru*.

18. Basado en informes de la tripulación y en evidencia recogida, aparentemente el Sr. Good navegó el buque hasta un punto de encuentro predeterminado, en donde se encontró con sus cómplices. El Sr. Good y sus colegas removieron todo el equipo técnico y de comunicación del *Mairi Maru*, llevándose asimismo la caja fuerte del buque. Luego, estropearon la vara propulsora de la popa del *Mairi Maru*, tornando imposible que el buque se conduzca con seguridad por sí mismo. No tocaron el MOX, el cual estaba contenido en un compartimiento cerrado. Posteriormente, el Sr. Good y los otros atacantes desembarcaron, dejando al *Mairi Maru* a la deriva en dirección sudeste hacia aguas internacionales.

19. El 28 de julio, una intensa tormenta alteró el curso del impotente *Mairi Maru*, el cual encalló en una de los bancos de arena parcialmente sumergidos en las Norton Shallows. El daño causado a los cascos del buque rompió el compartimiento seguro que contenía las cajas de MOX, muchas de las cuales también fueron dañadas. Las cajas dejaron escapar más de cincuenta kilogramos de pastillas de MOX altamente radiactivo directamente en los bancos de arena y en las aguas circundantes.

20. En las horas que siguieron al choque, los miembros de la tripulación pudieron liberarse del encierro en la cocina. El 29 de julio, un buque patrullero de la Marina Real de Raglan realizaba maniobras de entrenamiento cerca de los bancos de arena. Su tripulación detectó al buque encallado y se aproximó al *Mairi Maru* para ofrecerle asistencia. Al aproximarse, los tripulantes notaron un gran número de peces y pájaros muertos en las inmediaciones. Liberado, el capitán del *Mairi Maru* reportó la filtración del material radioactivo al comandante del buque patrullero. El comandante ordenó inmediatamente a su embarcación que se retirara a una distancia segura y se comunicó por radio con el centro de operaciones de la Marina Real de Raglan. Los informes de la Marina indican que varios miembros de la tripulación del *Mairi Maru* habían muerto y otros exhibían signos de un síndrome de radiación aguda (...).

21. El 31 de julio de 2002, el primer ministro de Raglan envió un mensaje diplomático a Judith Stark, presidente de Appollonia, anunciando que la Marina Real de Raglan había confirmado la presencia de material radioactivo y de cien-

tos de peces y aves muertas en el área circundante a los bancos de arena hasta una distancia de 15 kilómetros desde el sitio de los restos del naufragio del *Mairi Maru*. El Sr. Price declaró:

“El material radiactivo que se filtra del buque de Appollonia no permanecerá en las inmediaciones por mucho tiempo. Dado que se aproxima la época de lluvias, las fuertes tormentas pronto desparramarán la contaminación a lo largo de una gran área. Por lo tanto, Raglan no tiene otra alternativa que aislar rápidamente el peligro radiactivo y, en la medida de lo posible, limpiar el área circundante a los bancos de arena. La región entera, vital para nuestra floreciente industria turística, ya ha sido fuertemente dañada. Además, los vientos y corrientes oceánicas cambiantes probablemente esparcirán la contaminación en las próximas semanas hacia islas habitadas de Raglan”.

22. El Sr. Price concluyó su mensaje culpando a Appollonia por el daño al sitio:

“Appollonia permitió que el MOX fuese transportado a través del archipiélago sin ninguna notificación a nuestras autoridades. Dados los conocidos peligros de dichos cargamentos, si hubiéramos sabido con anticipación de los planes de Appollonia, Raglan habría ya sea denegado acceso a sus aguas al *Mairi Maru* o provisto, además del piloto, buques armados de la Marina como escolta para asegurar su paso seguro a través del archipiélago raglaniano. Appollonia debe, por lo tanto, pagar por la limpieza de los bancos de arena y las aguas circundantes. Appollonia debe asimismo compensarnos por las emergentes pérdidas financieras sufridas por nuestras industrias turísticas y de pesca deportiva”.

23. El 2 de agosto, la presidente Stark respondió por una nota diplomática, afirmando que su gobierno había cumplido plenamente con sus obligaciones relativas a los materiales radioactivos a bordo del *Mairi Maru*. Responsabilizó firmemente a Raglan por el daño, declarando: “Es Raglan la que carga la responsabilidad por el choque y sus consecuencias. Un agente del gobierno de Raglan orquestó el abordaje del *Mairi Maru*, lo inhabilitó y lo envió a la deriva”.

24. El 4 de agosto, el primer ministro Price envió otra nota diplomática a la presidente Stark, indicando que Raglan había determinado echar a pique al *The Mairi Maru*. Dicha nota decía, en su parte pertinente:

“Con cada día que pasa, más material nocivo se filtra a aguas abiertas. La limpieza es imposible en el corto plazo. Nuestra única alternativa es depositar ese material en el fondo del océano, fuera del alcance de los vientos y las corrientes, en donde no presentará un peligro continuo”.

Posteriormente, en esa semana, un destructor, actuando bajo las órdenes directas del primer ministro de Raglan, remolcó al *Mairi Maru* menos de un kilómetro al sudeste y lo echó a pique. El *Mairi Maru* se hundió a una profundidad de más de 9000 metros, en el fondo de Sand Deep. Luego de que el buque fue echado a pique, el primer ministro Price envió una nota a la presidente Stark notificándole dicha acción.

25. La presidente Stark otorgó una conferencia de prensa al día siguiente, explicando la situación a su población y denunciando el tratamiento dado por Raglan al incidente. Respondiendo a una pregunta de un periodista, dijo:

“Sostenemos que Raglan es responsable por el ataque sobre el *Mairi Maru*. La incapacidad de Raglan de vigilar sus aguas de los piratas y su negligencia para controlar a los pilotos civiles en su así llamado “programa anti-piratería”, la hacen responsable conforme al derecho internacional por la pérdida del buque y su cargamento, y por la muerte y heridas de su tripulación. Hago un llamado al gobierno de Raglan para que pague compensación a los miembros de la tripulación lesionados por el accidente, a las familias de los muertos, así como a los dueños del buque *Mairi Maru*.”

26. La ministro de Relaciones Exteriores de Raglan, la Sra. Ernestine Navorocki, envió un correo electrónico diplomático a su contraparte en Raglan. El asunto del mismo era: “Convención de Londres sobre prevención de la contaminación marina.” El mensaje decía en su parte pertinente:

“Los dueños y aseguradores del *Mairi Maru* han sufrido daños financieros directos y de carácter substancial como resultado de la decisión de Raglan, libremente tomada, de echar a pique el buque. Raglan debe compensar a estos ciudadanos de Appollonia por sus pérdidas. A pesar de que Appollonia no sea parte de la Convención de Londres, notamos también con gran preocupación que el hundimiento del *Mairi Maru* con el cargamento a bordo viola las obligaciones de Raglan en el marco de dicha Convención. Esta violación imposibilita que Raglan pueda justificar que sus acciones fueron legales”.

27. El 11 de agosto, el primer ministro Price envió la respuesta de su gobierno, manteniendo que Appollonia se encontraba en falta al transportar materiales nocivos en violación al derecho internacional aplicable en la materia. Declaró que “Raglan condena el ataque y categóricamente deniega su responsabilidad por él. Las personas responsables no estaban actuando bajo la autoridad de Raglan, quien ha invertido notables esfuerzos y recursos para combatir los asaltos marinos a lo largo de su territorio y mares”.

28. En la misma respuesta, el primer ministro Price acusó a Appollonia de violar sus obligaciones como exportador de materiales nucleares:

“Appollonia es miembro del OIEA, el cual exige que los miembros que deciden transportar materiales nucleares a través de los territorios de otros Estados notifiquen y obtengan el consentimiento previo de dichos Estados. Appollonia no ha realizado ninguna de ambas acciones. En caso de que no me haya explicado correctamente, exigimos de inmediato que Appollonia deje de transportar MOX a través de las aguas archipelágicas de Raglan, y hacemos esta exigencia sin perjuicio de nuestros reclamos con respecto al *Mairi Maru*, su cargamento y tripulación”.

29. Posteriormente a los dichos del primer ministro Price, el ministro de Relaciones Exteriores de Appollonia envió un cable a su contraparte en Raglan, diciendo, en su parte pertinente:

“Appollonia no ha violado ninguna de sus obligaciones bajo el Tratado de No-Proliferación Nuclear o bajo el régimen del OIEA. Sin embargo, incluso si se considerara que violamos dichas obligaciones, su Estado no es miembro del OIEA y por lo tanto no tiene legitimación activa para plantear estos temas. Además, el gobierno de Raglan estaba al tanto de que en el pasado se había estado transportando MOX a través de su territorio, y nunca opuso objeciones. En virtud de tales circunstancias, Appollonia no está obligada con Raglan por estos tratados. Aun, más, el daño que alega Raglan ocurrió fuera de sus aguas territoriales. Conforme al derecho internacional, ningún Estado es responsable por daños hipotéticos o remotos, fueren sus acciones legales o no”.

30. El 28 de octubre de 2002, los dueños y aseguradores del *Mairi Maru* presentaron una acción civil contra el gobierno de Raglan en una corte civil de Raglan pidiendo compensación por la pérdida del *Mairi Maru*. Todos los actores eran compañías registradas y con sede central en Appollonia. La demanda exigía el equivalente local a 15 millones de euros por la pérdida del buque. El juzgado de primera instancia rechazó la acción apoyándose en la inmunidad judicial de la que tradicionalmente gozan las fuerzas armadas de Raglan en acciones por daños y perjuicios por medidas tomadas como parte de sus actividades de defensa nacional. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Raglan, no existiendo ningún otro recurso disponible.

31. El 21 de noviembre de 2002, los miembros sobrevivientes de la tripulación del *Mairi Maru* y las familias de los fallecidos presentaron una demanda contra Raglan en una corte civil de Raglan, alegando negligencia en los esfuerzos fracasados de Raglan para proteger al *Mairi Maru* mientras se encontraba en

sus aguas archipelágicas. Todos los actores eran ciudadanos y residentes de Appollonia. El juzgado de primera instancia rechazó la acción basándose en la misma teoría de inmunidad judicial que la acción de los dueños y aseguradores del buque. Los actores apelaron a la cámara civil de Raglan de último recurso, quien sumariamente reafirmó la decisión de primera instancia.

(...)

33. Poco tiempo después, la presidente Stark y el primer ministro Price acordaron presentar su disputa a la Corte Internacional de Justicia (...).

34. El gobierno de Raglan estima que tomará cinco años descontaminar el área afectada por materiales radiactivos filtrados del *Mairi Maru*. El proceso le costará al gobierno de Raglan aproximadamente 160 millones de euros. Durante esos cinco años, el área quedará completamente inutilizable para el turismo o la pesca deportiva y la industria turística de Raglan perderá aproximadamente 100 millones de euros. Appollonia no controvierte estas cifras.

35. Ambos, Appollonia y Raglan, son miembros de las Naciones Unidas. Appollonia es miembro del OIEA, pero Raglan no lo es. Además, Appollonia y Raglan son parte de los siguientes tratados, a saber:

<i>Instrumento</i>	<i>Appollonia</i>	<i>Raglan</i>
Carta de las Naciones Unidas	ratif. 1 junio 1963	ratif. 5 agosto 1971
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	ratif. 1 junio 1963	ratif. 5 agosto 1971
Tratado sobre la No-Proliferación de Armas Nucleares (1968)	rat. 1 marzo 1985	<i>No</i>
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)	ratif. 3 nov 1977	ratif. 6 enero 1980
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), incluida la Parte XI	<i>No</i>	ratif. 1 junio 1988
Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958)	ratif. 1 feb 1968	<i>No</i>
Convención sobre el Alta Mar (1958)	ratif. 1 feb 1968	<i>No</i>
Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980)	ratif. 30 jun 1995	<i>No</i>
Convención de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (1989)	<i>No</i>	ratif. 5 mayo 1990
Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertimiento de Desechos (1972)	<i>No</i>	ratif. 31 mayo 1990

Ni Raglan ni Appollonia han firmado o ratificado ningún otro instrumento relevante.

(...)

37. Appollonia respetuosamente solicita a la Corte Internacional de Justicia que juzgue y declare:

- a) Que Raglan es responsable por el ataque sobre y el naufragio del *Mairi Maru* y de todas sus consecuencias en virtud de: (1) su incapacidad en responder en forma adecuada a las actividades piratas en sus aguas archipelágicas y (2) los actos de Thomas Good, los cuales son atribuibles a Raglan;
- b) Que Raglan es responsable por la pérdida del *Mairi Maru* y el MOX y otros cargamentos que transportaba, debido a que el hundimiento del buque fue ilegal, y en consecuencia debe compensar a Appollonia en nombre de sus ciudadanos que sufrieron pérdidas financieras directas y de otro tipo;
- c) Que Raglan no tiene legitimación activa para pedir indemnización por las pérdidas económicas resultantes de actos que ocurrieron completamente afuera de sus aguas territoriales y zona económica exclusiva; y
- d) Que Appollonia no violó ninguna obligación conforme al derecho internacional debida a Raglan al transportar MOX a través de las aguas del archipiélago de Raglan.

38. Raglan respetuosamente solicita a la Corte Internacional de Justicia que juzgue y declare:

- a) Que Raglan no es responsable por el ataque al *Mairi Maru* y no debe compensación a Appollonia por los daños resultantes de dicho ataque;
- b) Que Raglan no violó ninguna obligación debida a Appollonia conforme al derecho internacional en el hundimiento del *Mairi Maru*;
- c) Que Appollonia violó el derecho internacional al transportar MOX a través de las aguas archipelágicas de Raglan sin notificación previa o el consentimiento de dicho Estado; y
- d) Que Appollonia es responsable por el daño a los bancos de arena y las aguas circundantes como resultado del transporte ilegal de MOX, y que debe pagar indemnización a Raglan tanto por el daño resultante a sus industrias pesquera y turística como por el costo de descontaminar el área.

MEMORIAL POR LA PARTE ACTORA

I. RAGLAN ES RESPONSABLE POR EL ATAQUE Y NAUFRAGIO DEL *MAIRI MARU* Y POR TODAS LAS CONSECUENCIAS RESULTANTES DE LOS MISMOS

Es un principio firmemente establecido en el derecho internacional que el hecho internacionalmente ilícito de un Estado surge cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional de dicho Estado ¹. Otro principio de suma importancia es aquel según el cual un Estado puede ser responsable tanto por acción como por omisión respecto de un mismo hecho ².

Raglan, en virtud de no haber logrado prevenir y reprimir el ataque al *Mairi Maru* y por los actos de Thomas Good —los cuales le son atribuibles—, ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que acarrea su responsabilidad internacional ³.

A) RAGLAN ES RESPONSABLE POR EL ATAQUE AL *MAIRI MARU* POR NO HABER LOGRADO PREVENIR Y REPRIMIR ACTOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA EN SUS AGUAS ARCHIPELÁGICAS

En el derecho internacional consuetudinario se han desarrollado al menos dos normas diferentes en relación a ataques tales como el sufrido por el *Mairi Maru* ⁴. En primer lugar, todo Estado está autorizado a asumir jurisdicción con respecto al delito de piratería en su concepción tradicional conforme al derecho internacional, piratería *iure gentium*, el cual necesariamente tiene lugar en alta

¹ Fosfatos en Marruecos, Excepciones Preliminares, 1938, CPJI, Serie A/B, nro. 74, 10, 28; Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán (EE.UU. v. Irán), 1980 CIJ 3 (sentencia del 24 de mayo de 1980), p. 29; Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua v. EE.UU.), 1986 CIJ 14 (sentencia del 27 de junio de 1986), ps. 117-118; Proyecto Gab_ıkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia), 1997 CIJ 7 (sentencia del 25 de septiembre de 1997), p. 54; Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, NU Doc. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002 [de aquí en adelante Res. 56/83], art. 2º; Informe de la CDI, 53ª Sesión, AGNU A/56/10 [de aquí en adelante Informe de la CDI], ps. 68-74.

² Ver en general, Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos, *supra* nota 1.

³ Fosfatos en Marruecos, Excepciones Preliminares, *supra* nota 1, p. 28; Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania.), 1949 CIJ 4 (sentencia del 9 de abril de 1949 de 1949), p. 23; Actividades Militares y Paramilitares, *supra* nota 1, ps. 142, 149; Proyecto Gab_ıkovo-Nagymaros, *supra* nota 1, 38; Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 1º; Informe de la CDI, *supra* nota 1, ps. 63-68.

⁴ G. Schwarzenberger, "The Problem of an International Criminal Law", 3 *Current Legal Problems* 263, p. 269 (1950).

mar⁵. En segundo lugar, todos los Estados están obligados a prevenir o reprimir otros actos contra la seguridad de la navegación marítima ocurridos dentro de las aguas sujetas a su jurisdicción.

El ataque al *Mairi Maru* no tuvo lugar en alta mar, sino en las aguas archipelágicas de Raglan⁶, y como tal no se halla comprendido directamente dentro del ámbito del clásico delito de piratería conforme al derecho internacional. No obstante, tal hecho constituye, de todos modos, una violación de la obligación de prevenir o reprimir actos contra la seguridad de la navegación marítima, ocurridos en las aguas sujetas a la jurisdicción de los Estados.

1) Raglan tiene la obligación, conforme al derecho internacional, de prevenir o reprimir actos contra la seguridad de la navegación marítima

Todos los Estados tienen la obligación, conforme al derecho internacional consuetudinario, de prevenir o reprimir actos contra la seguridad de la navegación marítima dentro de las aguas sujetas a su jurisdicción, incluyendo una noción más amplia del delito de piratería no limitado a alta mar⁷. Ambos elementos necesarios para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica de los Estados y la *opinio iuris*⁸ se hallan presentes.

La prueba de la existencia de *opinio iuris* puede ser extraída de las resoluciones de la Asamblea General⁹. En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General han respaldado consistentemente la noción de "piratería y robo ar-

⁵ Convención de Ginebra sobre Alta Mar, 29 de abril de 1958, art. 15, 450 UNTS 82; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, art. 101, 21 ILM 1261 [de aquí en adelante CONVEMAR]; R. JENNINGS & A. WATTS, *Oppenheim's International Law* 746-755 (1992); D.P. O'CONNELL & I.A. SHEARER, *The International Law of the Sea* 966-983 (1984); R.R. CHURCHILL & A.V. LOWE, *The Law of the Sea* 169-170 (1988); A. RUBIN, *The Law of Piracy* 319-337 (1988).

⁶ Aclaraciones # 3.

⁷ B.H. DUBNER, *The Law of International Sea Piracy* 150 (1980); J. Sundberg, *Piracy: Air and Sea*, 20 DE PAUL L. REV. 337, 385 (1971), G. Schwarzenberger, *supra* nota 4, 269; Cf. I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State Responsibility* 159, 182 (1983).

⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38 (1)(b); Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal Alemana v. Dinamarca y República Federal Alemana v. Países Bajos), 1969 CIJ 4 (sentencia del 20 de febrero de 1969), p. 45; Actividades Militares y Paramilitares, *supra* nota 1, 97; Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), 1985 CIJ 13 (sentencia del 3 de junio de 1985), ps. 29-30; M. SHAW, *International Law* 70 (2003); H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, en M. EVANS (ED.), *International Law* 117, p. 125 (2003).

⁹ Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, 1996 CIJ 226 (Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996), ps. 254-255; Actividades Militares y Paramilitares, *supra* nota 1, ps. 99-101; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law* 14-15 (2003).

mado en el mar", incluyendo el tradicional delito de piratería ¹⁰ y "todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación o amenaza de ella, distintos del acto de 'piratería', dirigidos contra un buque" ¹¹, independientemente de que hayan sido cometidos en alta mar o en aguas sujetas a la jurisdicción de un Estado ¹². Asimismo, dichas resoluciones han instado a todos los Estados a prevenir o reprimir tales actos, colocando esta obligación especialmente en cabeza de los Estados ribereños en regiones afectadas ¹³, tales como Raglan ¹⁴. La prueba de la existencia de *opinio iuris* también puede ser extraída de una serie de declaraciones formuladas por Estados y organizaciones regionales ¹⁵.

En cuanto a la práctica estadual, en numerosas oportunidades los Estados han tomado medidas encaminadas a prevenir o reprimir actos contra la seguridad de la navegación marítima en las aguas sujetas a su jurisdicción. Dicha práctica incluye la legislación interna que penaliza actos de piratería cometidos en aguas sujetas a la jurisdicción de los Estados ¹⁶, los intercambios diplomáti-

¹⁰ Oceans and the Law of the Sea, AG Res. 53/32, 53ª Sesión, §§ 22-23, NU Doc. A/RES/53/32 (24 de noviembre de 1998); Oceans and the Law of the Sea, AG Res. 54/31, 54ª Sesión, §§ 20-23, NU Doc. A/RES/54/31 (24 de noviembre de 1999); Oceans and the Law of the Sea, AG Res. 55/7, 55ª Sesión, §§ 33-34, NU Doc. A/RES/55/7; Oceans and the Law of the Sea, AG Res. 56/12, 56ª Sesión, §§ 29-32, NU Doc. A/RES/56/12 (28 de noviembre de 2001); Oceans and the Law of the Sea, AG Res. 57/141, 57ª Sesión, §§ 26-28, NU Doc. A/RES/57/41 (21 de diciembre de 2002); Oceans and the Law of the Sea, AG Res. 58/240, 58ª Sesión, §§ 36-38, NU Doc. A/Res/58/240 (23 de diciembre de 2003).

¹¹ *Ibid.*; OMI, *Draft Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships*, MSC/Circ.984, 20 de diciembre de 2000.

¹² *Id.*, *supra* nota 10

¹³ *Id.*, *supra* nota 10.

¹⁴ *Compromis* #6, #7.

¹⁵ Report on the Work of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, AGNU, NU Doc. A/59/122, 1º de julio de 2004, p. 12; ASEAN Regional Forum Statement on Cooperation Against Piracy and Other Threats to Maritime Security, Tenth ASEAN Regional Forum, 17 de junio de 2003, disponible en: <http://www.aseansec.org/14837.htm>; Declaración de la Unión Europea en el Panel B: Combating Piracy and Armed Robbery at Sea, UN Open Ended Informal Consultative Process, 10 de mayo de 2001, disponible en: http://www.swedenabroad.com/pages/general___13184.asp; Declaración del Jefe de la Delegación de China en el Panel B: Combatting Piracy and Armed Robbery at Sea, UN Open Ended Informal Consultative Process, 10 de mayo de 2001, disponible en: <http://www.china-un.org/eng/zghlhg/flsw/t28537.htm>.

¹⁶ Código Penal de la República de Nicaragua, Capítulo V, art. 524; Código Penal Federal México, Título II, Capítulo I, art. 146; Código Penal de Panamá, Libro II, Capítulo IV, art. 243; Código Penal de Indonesia, arts. 438, 439 y 440; Código Penal de Honduras, Libro Segundo, art. 320; Código Penal de Guatemala, Libro Segundo, Capítulo III, art. 299; Código Penal de Costa Rica, Sección III, art. 258; Código Penal de Cuba, art. 117; Código Penal de la República de El Salvador, Título XX, art. 368; Código Penal de la República del Ecuador, art. 423.

cos 17, la práctica de OMI 18, y las firmas y ratificaciones a la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima 19 y a acuerdos regionales 20. Ciertamente, Raglan ha participado de esta práctica mediante la implementación de su "programa anti-piratería" 21 y el procesamiento y condena de otras personas que cometieron actos similares a los de Thomas Good 22.

2) Asimismo, las normas de derecho internacional general obligan a Raglan a prevenir o a reprimir el ataque al *Mairi Maru*

Todos los Estados tienen la obligación de prevenir o reprimir daños causados en su territorio a los extranjeros. La misma se limita, en el caso no causados por funcionarios de gobierno, al ejercicio de la debida diligencia en su prevención o represión 23. Por otra parte, todos los Estados tienen la obligación de controlar las fuentes de peligro dentro de sus territorios, incluyendo su territorio marítimo, y de no permitir a sabiendas que sus territorios sean utilizados en perjuicio de los derechos de otros Estados 24. Estas normas de derecho internacional general se traducen en la obligación de Raglan de prevenir o reprimir el ataque al *Mairi Maru*, buque de pabellón de Appollonia que atravesaba su jurisdicción.

¹⁷ Failure to Suppress Piracy and Piratical Acts, en LORD MCNAIR, *International Law Opinions* 273, pp. 273-276 (1956).

¹⁸ OMI, *Piracy and Armed Robbery Against Ships: Recommendations to Governments for Preventing and Suppressing Piracy and Armed Robbery against Ships*, Comité de Seguridad Marítima, 16 de junio de 1999, MSC/Circ.622/Rev.1; OMI, Asamblea, Resolución A.922(22), Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery at Sea.

¹⁹ Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 10 de marzo de 1988, 1678 UNTS 222, Preámbulo, art. 13; ver también, Plataforma Continental (Libia/Malta), *supra* nota 8, ps. 29-30.

²⁰ Ver PARK HEE KWON, *The Law of the Sea and Northeast Asia* 105 (2000); John Mo, *Options to Combat Maritime Piracy in Southeast Asia*, 33 OCEAN DEV. & INT'L L. 343, ps. 348-349 (2002); Mission to Combat Piracy, 28 *Mar. Poll. Bull.* 273 (1994); Z. Keyuan, *Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation*, 3 SING. J. INT'L & COMP. L. 524, p. 541 (1999).

²¹ *Compromis*, # 11

²² Aclaraciones # 7.

²³ *British Property in Spanish Morocco*, UNRIAA, vol. II, p. 615 (1925); G. T. Yates, "State Responsibility for Nonwealth Injuries to Aliens in the Postwar Era", en RICHARD LILLICH (ED.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 213, p. 214 (1983); Philip C. Jessup, "Responsibility of States for Injuries to Individuals", 46 *Colum. L. Rev.* 903, p. 904 (1946); Richard Lillich & John Paxman, "State Responsibility for Injuries to Aliens Occasioned by Terrorist Activities", 26 *Am. U. L. Rev.* 217, ps. 230-231 (1976-1977); Gordon Christenson, "Attributing Acts of Omission to the State", 12 *Mich. J. Int'l L.* 312, p. 334 (1991).

²⁴ Canal de Corfú, *supra* nota 3, p. 22; I. BROWNLIE, *supra* nota 7, pp. 181-182; Ricardo Pisillo-Mazzeschi, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", 35 *Ger. Y. B. Int'l L.* 9, ps. 34-36 (1992); Christenson, *supra* nota 23, ps. 334,335.

3) Raglan no ha cumplido con su obligación de prevenir o reprimir el ataque contra el *Mairi Maru*

Un hecho internacionalmente ilícito puede deberse a una omisión del Estado ²⁵, especialmente cuando el derecho internacional exige que el Estado actúe ²⁶. En el presente caso, Raglan tenía la obligación de prevenir o reprimir el ataque al *Mairi Maru*, la cual debía cumplirse realizando dos conductas diferentes: en primer lugar, contando permanentemente con el aparato legal y administrativo que normalmente permitiría cumplir con tal obligación; y en segundo lugar, utilizando dicho aparato con la debida diligencia requerida por las circunstancias específicas ²⁷.

El establecimiento del "programa anti-piratería" por parte de Raglan satisface únicamente la primera parte de su obligación. Ahora bien, Raglan no utilizó dicho aparato legal con la debida diligencia requerida en el caso específico, ya que no realizó una adecuada investigación ni ejerció un control suficiente sobre el contratista privado seleccionado como piloto en el presente caso —Thomas Good— ni sobre sus acciones a bordo del buque.

Por otra parte, Raglan tampoco cumplió con su obligación de reprimir los actos de Thomas Good ²⁸, acarreado este hecho también su responsabilidad internacional ²⁹. En efecto, la falta de debida diligencia por parte de Raglan también se verifica por el hecho de que, del total de ataques ocurridos en el archipiélago de Raglan, incluyendo al menos 40 sólo en 1997, únicamente dos de ellos resultaron en condena ³⁰.

A) RAGLAN ES RESPONSABLE POR EL ATAQUE AL *MAIRI MARU* PORQUE LOS ACTOS DE THOMAS GOOD LE SON ATRIBUIBLES

Asimismo, Raglan debería ser considerado responsable internacionalmente por el ataque al *Mairi Maru*, puesto que la conducta de Thomas Good le es atri-

²⁵ Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 2º; Informe de la CDI, *supra* nota 1, p. 70; Canal de Corfú, *supra* nota 3, ps. 22-23; Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos, *supra* nota 1, ps. 31-32; Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, No. 4 (1989), § 170.

²⁶ G. Christenson, *supra* nota 23, p. 323.

²⁷ Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos, *supra* nota 1, ps. 31-33; El S.S. Lotus, sentencia de 1927, CPJI, Serie A, No. 10, p. 88 (Opinión disidente del juez Moore); Noyes, UNRIAA, vol. VI, p. 311; *Youmans*, UNRIAA, vol. IV, p. 110; *Spanish Zones of Morocco*, UNRIAA, vol. II, p. 644; I. BROWNLIE, *supra* nota 7, p. 161; ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS 155-156 (1994); R. Pisillo-Mazzeschi, *supra* nota 24, p. 26; Lillich & Paxman, *supra* nota 23, ps. 230-231.

²⁸ Aclaraciones #7.

²⁹ I. BROWNLIE, *supra* nota 7, p. 161; *Youmans*, *supra* nota 27, p. 110; *Janes*, UNRIAA, vol. IV, p. 82; *Massey*, UNRIAA, vol. IV, p. 155.

³⁰ *Compromis* # 6; Aclaraciones # 7.

buable según el derecho internacional y constituye una violación de la obligación de prevenir o reprimir los actos contra la seguridad de la navegación marítima.

Por otra parte, la conducta de Good también constituye una violación de la obligación convencional y consuetudinaria de respetar el principio de libertad de navegación y el derecho de paso inocente de que gozan los buques extranjeros ³¹.

1) El ataque al *Mairi Maru* constituye una conducta atribuible a Raglan conforme al derecho internacional

a) Los actos de Thomas Good son atribuibles a Raglan puesto que aquél estaba ejerciendo atribuciones del poder público

Conforme al derecho internacional, el comportamiento de una persona que no sea órgano del Estado, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, será considerado un hecho del Estado ³².

En el presente caso, Thomas Good era uno de los contratistas privados capacitados y desplegados por Raglan para prestar servicios como pilotos en su programa "anti-piratería" ³³, estando claramente facultado para ejercer atribuciones del poder público. En primer lugar, Thomas Good cumplía una función que originalmente era ejercida, y continuaba siendo ejercida, por miembros de la Armada Real de Raglan ³⁴. En segundo lugar, la naturaleza de sus funciones, a saber, el patrullaje de las aguas de Raglan y la prevención del delito, es claramente gubernamental ³⁵. En tercer lugar, fue seleccionado por la Armada Real de Raglan ³⁶, siendo por ende responsable ante ella ³⁷. Por último, la posibilidad de requerir la intervención armada de la Armada Real de Raglan constituye un

³¹ Actividades Militares y Paramilitares, *supra* nota 1, pp. 111-112; Canal de Corfú, *supra* nota 3, p. 22; CONVEMAR, *supra* nota 5, arts. 17, 18, 19, 24, 38, 44, 52 y 54; Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua, 29 de abril de 1958, arts. 14, 15 y 16, 516 UNTS 205; DUPUY & VIGNES, *A Handbook on the Law of the Sea*, ps. 906-923, vol. 2 (1991); R.R. CHURCHILL & A.V. LOWE, *supra* nota 5, ps. 69-84 y 103-106.

³² Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 5º; Informe de la CDI, *supra* nota 1, ps. 92-95; Hyatt International Corporation and Iran, 9 Iran – USCTR 72 (1985-II), p. 88; M. SHAW, *supra* nota 8, p. 702; I. BROWNLIE, *supra* nota 7, p. 160; D. Caron, *The Basis of Responsibility: Attribution and Other Transsubstantive Rules*, en R. LILlich & D. BARSTOW MAGRAW (EDS.), *The Iran – United States Claims Tribunal: Its Contributions to the Law of State Responsibility* 109, p. 133 (1998); G. Christenson, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, en LILlich, *supra* nota 23, 321, ps. 332-333; J. Hessbruegge, "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", 36 *NYU J. Int'l L. & Pol.* 265, p. 270 (2004).

³³ *Compromis* #13, #16.

³⁴ *Compromis* #11, #13.

³⁵ Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 5º, §§ 2, 4, 5.

³⁶ *Compromis* #13.

³⁷ Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 5º, § 6.

indicador adicional de su autoridad gubernamental ³⁸. Por lo tanto, Thomas Good estaba claramente facultado para ejercer atribuciones del poder público, siendo su comportamiento atribuible a Raglan conforme el derecho internacional.

b) Los actos de Thomas Good son atribuibles a Raglan aunque constituyan un exceso en su competencia o una contravención de sus instrucciones, pues estaba actuando en su calidad oficial

Es un principio firmemente establecido en el derecho internacional que los Estados son responsables no sólo por los actos autorizados de sus funcionarios, sino también por los actos no autorizados o realizados en contravención de instrucciones ³⁹. No obstante, para que tales actos sean atribuibles al Estado, los mismos deben haber sido realizados en su calidad oficial ⁴⁰.

En el presente caso, Thomas Good claramente actuó en su calidad oficial al subir a bordo y tomar control del *Mairi Maru*. En efecto, Thomas Good abordó el buque por ser el contratista privado designado por Raglan para pilotarlo ⁴¹. Al hacerlo, fue transportado al *Mairi Maru* por un buque contratado por la Armada Real de Raglan ⁴² y llevó consigo la bandera especial que indicaría que el buque se hallaba bajo la protección naval de Raglan ⁴³, utilizando de este modo medios puestos a su disposición en razón de su carácter oficial ⁴⁴.

Asimismo, al momento de la comisión de los hechos Thomas Good estaba en servicio ⁴⁵ como piloto del programa de Raglan "anti-piratería". Es evidente que Good pudo tomar control del buque porque estaba actuando "bajo el manto de autoridad gubernamental" ⁴⁶. Por otra parte, su presunta intención dolosa de causar daño no afecta la responsabilidad del Estado ⁴⁷.

³⁸ *Compromis* #13.

³⁹ Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 7º; Informe de la CDI, *supra* nota 1, ps. 99-103; *Union Bridge Company*, UNRIAA, vol. VI, p. 138 (1924), *Caire*, UNRIAA, vol. V, 516 (1929), p. 531; *Maal*, UNRIAA, vol. X, 730 (1903) ps. 732-733; *La Masica*, UNRIAA, vol. XI, 549 (1916), p. 560; *Youmans*, *supra* nota 27, p. 578; *Mallen*, UNRIAA, vol. IV, 173 (1925), p. 177; *Stephens*, UNRIAA, vol. IV, 265 (1927), ps. 267-268; *Way*, UNRIAA, vol. IV, 391 (1925), ps. 400-401; IAN BROWNLIE, *supra* nota 7, p. 145, M. SHAW, *supra* nota 8, ps. 702-704; Theodor Meron, "International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials", 33 *Brit. Y.B. Int'l L.* 85, ps. 93-113 (1957).

⁴⁰ Informe de la CDI, *supra* nota 1, p. 102; *Mallen*, *supra* nota 39, p. 175; *Caire*, *supra* nota 39, p. 531; *Yeager and Iran*, 17 *Iran-USCTR* 92, ps. 110-111; D. Caron, *supra* nota 32, p. 136.

⁴¹ *Compromis* # 16.

⁴² Aclaraciones #3.

⁴³ *Compromis* #16; Aclaraciones #9.

⁴⁴ *Caire*, *supra* nota 39, p. 516.

⁴⁵ *Youmans*, *supra* nota 27, p. 578.

⁴⁶ *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991), 27 *Iran-USCTR* 64, p. 92.

⁴⁷ I. BROWNLIE, *supra* nota 7, p. 46; R HIGGINS, *supra* nota 27, p. 150; T. Meron, *supra* nota 39, p. 95.

Por lo tanto, los actos de Thomas Good son atribuibles a Raglan, y al constituir una violación de una de las obligaciones internacionales de Raglan, acarrea su responsabilidad internacional.

II) RAGLAN ES RESPONSABLE POR LA PÉRDIDA DEL *MAIRI MARU*, DEL MOX Y DEMÁS CARGAMENTO DEL BUQUE, DADO QUE EL HUNDIMIENTO DEL MISMO FUE ILEGAL, Y POR LO TANTO DEBE UNA INDEMNIZACIÓN A APPOLLONIA EN NOMBRE DE SUS NACIONALES QUE HAN SUFRIDO DIRECTAMENTE PÉRDIDAS ECONÓMICAS Y DE OTRA ÍNDOLE

A) APPOLLONIA TIENE LEGITIMACIÓN PARA EFECTUAR ESTA RECLAMACIÓN

El presente caso satisface las dos condiciones establecidas por el derecho internacional para el ejercicio de la protección diplomática ⁴⁸: 1) los individuos perjudicados, es decir, los propietarios y aseguradores del *Mairi Maru*, son nacionales de Appollonia, el Estado reclamante; y 2) los recursos internos ante los tribunales de Raglan, el Estado presuntamente responsable por la violación, han sido agotados ⁴⁹. Por lo tanto, Appollonia tiene legitimación para formular esta reclamación.

B) EL HUNDIMIENTO DEL *MAIRI MARU* CONSTITUYE UN HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

1) El hundimiento del *Mairi Maru* constituye una violación del principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón

Conforme al derecho internacional consuetudinario y convencional, el Estado del pabellón tiene jurisdicción exclusiva tanto legislativa como de ejecución sobre sus buques en alta mar ⁵⁰, como ha sido expresamente reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su decisión en el caso "Lotus" ⁵¹.

En tiempos de paz, ningún Estado puede interferir con los buques de otro Estado, a menos que posea un derecho excepcional claramente conferido por el

⁴⁸ Concesiones Palestinas en Mavrommatis, sentencia No. 2, 1924, CPJI, Serie A, No.2, p. 12; Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 1955 CIJ 4 (sentencia del 6 de abril de 1955), p. 20; Interhandel (Suiza v. EE.UU.), 1959 CIJ 6 (sentencia del 21 de marzo de 1959), p. 27; Barcelona Traction Light and Power Company, Segunda Fase, 1970 CIJ 3 (sentencia del 5 de febrero de 1970), p. 44; Proyecto de Protección Diplomática, Informe de la CDI, 55^o Sesión, NU Doc. A/58/10, 2002, ps. 81-84, arts. 1^o-3^o; Phoebe Okowa, *Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility*, en M. EVANS (ED.), *supra* nota 8, 477, ps. 479-488.

⁴⁹ *Compromis* #14, #30.

⁵⁰ Convención de Ginebra sobre Alta Mar, *supra* nota 5, art. 6^o; CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 92; R. CHURCHILL & A. LOWE, *supra* nota 5, p. 168; cfr. O'CONNELL, *supra* nota 5, ps. 792-800.

⁵¹ El S.S., *supra* nota 27, p. 25.

derecho consuetudinario o conforme a un régimen particular establecido por un tratado; y así, en caso de que un accidente produzca contaminación, sólo el Estado del pabellón puede intervenir ⁵².

Por lo tanto, al echar a pique el *Mairi Maru*, buque de pabellón de Appollonia ⁵³, Raglan ha violado su obligación de respetar el principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón y debe una indemnización a Appollonia en nombre de sus nacionales que han sufrido directamente pérdidas económicas y de otra índole ⁵⁴.

2) Raglan no puede alegar la licitud del hundimiento del *Mairi Maru* invocando el derecho de intervención en alta mar conforme al derecho internacional

a) El Reino de Raglan no goza del derecho de intervención en alta mar

El Reino de Raglan no puede afirmar que el hundimiento del *Mairi Maru* fue lícito so pretexto de haber ejercido legalmente el derecho de intervención en alta mar, dado que tal derecho no existe en el derecho internacional consuetudinario y ningún tratado relevante al respecto resulta aplicable en las relaciones entre Appollonia y Raglan ⁵⁵.

Al momento en que fue adoptada la Convención de Intervención no existía en el derecho internacional consuetudinario, ni se ha desarrollado desde entonces, un derecho general de intervención en alta mar en casos de contaminación.⁵⁶ La práctica de los Estados ha sido escasa y muchos Estados presumiblemente, en lo que a ellos concierne, estaban aplicando real o potencialmente ⁵⁷ la Convención de Intervención, no siendo posible, por ende, inferir legítimamente

⁵² A. KISS & D. SHELTON, *International Environmental Law* 552 (2004); R. Reuland, "Interference with Non-National Ships on the High Seas: Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of Flag-State Jurisdiction", 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 1161, p. 1167 (1989).

⁵³ *Compromis* #14.

⁵⁴ *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* nota 1, p. 81. Ver también *Fábrica en Chorzow*, Fondo, 1928 CPJI, Serie A, No. 17, p. 27; Res. 56/83, *supra* nota 1, arts. 31 y 36; Informe de la CDI, *supra* nota 1, ps. 223-231 y 243-263; *Compromis* #20, #30.

⁵⁵ Convención Internacional relativa a la Intervención en Alta Mar en Casos de Accidentes de Contaminación por Petróleo, 29 de noviembre de 1969, 9 I.L.M. 25 (1970) [de aquí en adelante Convención de Intervención]; Protocolo relativo a la Intervención en Alta Mar en Casos de Contaminación Marina por Sustancias que No Sea Petróleo, 2 de noviembre de 1973, TIAS 10561; CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 221; *Compromis* #35.

⁵⁶ Cf. R.R. CHURCHILL AND A.V. LOWE, *supra* nota 5, p. 262; J. KINDT, *Marine Pollution and the Law of the Sea* 1175 (1986); M. M'GONIGLE & M. ZACHER, *Pollution, Politics and International Law* 147-148 (1979); A. KISS & D. SHELTON, *supra* nota 52, ps. 552-553; Reuland, *supra* nota 52, p. 1222.

⁵⁷ Plataforma Continental del Mar del Norte, *supra* nota 8, p. 43.

de su accionar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario ⁵⁸.

b) Como argumento alternativo, el hundimiento del *Mairi Maru* no satisfizo los requisitos para el ejercicio legítimo del derecho de intervención en alta mar y, por lo tanto, Raglan debe indemnizar a Appollonia

Si esta Corte decidiera que la Convención de Intervención o las disposiciones sobre intervención de la CONVEMAR han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, entonces también deberían ser aplicables en el presente caso las limitaciones sustantivas y procedimentales asociadas a tal derecho, así como los principios indemnizatorios incorporados en las mismas ⁵⁹.

En primer lugar, el derecho de intervención debe ser ejercido proporcionalmente, sólo en la medida necesaria para prevenir, mitigar o eliminar el peligro, y no debe interferir innecesariamente con los derechos e intereses del Estado del pabellón. La proporcionalidad debe ser evaluada teniendo en cuenta: a) el alcance y probabilidad de peligro inminente en caso de que no se tomen medidas; b) la probabilidad de que esas medidas sean efectivas; y c) el alcance de los daños que podrían ser ocasionados por tales medidas ⁶⁰. El hundimiento del *Mairi Maru* fue innecesario y desproporcionado. La contaminación no representaba para Raglan un peligro inminente y su probabilidad era incierta. De hecho, el área contaminada se encontraba tan lejos como 25 kilómetros de la zona económica exclusiva de Raglan ⁶¹ y la probabilidad de mayor daño en el área se redujo cuando Raglan aseguró y encapsuló el MOX para prevenir un mayor derrame ⁶².

En segundo lugar, a nivel procedimental, los Estados tienen la obligación de realizar consultas —antes de tomar cualquier medida— particularmente con el Estado del pabellón, y de notificar a la OMI toda medida que haya sido tomada ⁶³. En el presente caso, Raglan no realizó consultas con Appollonia en los más de siete días que transcurrieron desde el descubrimiento del *Mairi Maru* hasta su hundimiento ⁶⁴.

Asimismo, dado que Raglan tomó medidas que eran desproporcionadas e innecesarias, entra en juego el principio indemnizatorio asociado al derecho de intervención. De acuerdo al mismo, todo Estado estará obligado a pagar una indemnización en la medida del daño causado por aquellos recaudos que excedan

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Convención de Intervención, *supra* nota 55, arts. I y VI; CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 232; SONI, *supra* nota, ps. 189-190 (1985); BRUBAKER, *supra* nota, p. 129 (1993).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Aclaraciones #12.

⁶² Aclaraciones #2.

⁶³ *Id.*, *supra* nota 59.

⁶⁴ *Compromis* #20, #21, #22, #23, #24.

los razonablemente necesarios para lograr el fin perseguido ⁶⁵ y, por ende, Raglan debe indemnizar a Appollonia por el hundimiento del *Mairi Maru*.

C) EL HUNDIMIENTO DEL *MAIRI MARU* NO ESTÁ JUSTIFICADO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

1) El hundimiento del *Mairi Maru* no puede justificarse bajo la doctrina del "estado de necesidad"

Esta Corte ha sostenido que el "estado de necesidad" como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional, sólo puede ser aceptado excepcionalmente ⁶⁶. Para ello, el hecho debe satisfacer conjuntamente cinco condiciones: 1) debe estar dirigido a salvaguardar un interés esencial del Estado; 2) ese interés esencial debe haber sido amenazado por un peligro grave e inminente; 3) el hecho en cuestión debe haber sido el único modo para el Estado de salvaguardar ese interés esencial; 4) el hecho no debe haber afectado gravemente un interés esencial del Estado con relación al cual existe la obligación; y 5) el Estado no debe haber contribuido a que se produzca el estado de necesidad ⁶⁷.

Raglan no puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud del hundimiento del *Mairi Maru*, ya que varias de las condiciones mencionadas no fueron satisfechas. En primer lugar, Raglan no se encontraba en peligro inminente, pues había procedido a asegurar y encapsular el MOX a fin de prevenir un mayor derrame ⁶⁸. Por otra parte, los rastros más cercanos de contaminación estaban a 25 kilómetros del límite exterior de la zona económica exclusiva de Raglan ⁶⁹. En segundo lugar, Raglan podría haber prevenido el peligro de otro modo, por ejemplo, remolcando el *Mairi Maru* hacia la alta mar lejos de las aguas jurisdiccionales de Raglan, donde podría haberlo entregado a Appollonia para la realización de acciones reparadoras. Finalmente, como ya ha sido explicado *supra* ⁷⁰, Raglan no sólo contribuyó al encallamiento del *Mairi Maru* que produjo el derrame de material radioactivo, sino que de hecho puede ser considerado responsable del mismo, sea por no haber logrado prevenir el ataque o porque el comportamiento de Thomas Good le es atribuible.

⁶⁵ Convención de Intervención, *supra* nota 55, arts. I y VI; R. SONI, *supra* nota, ps. 189-190; D. BRUBAKER, *supra* nota, p. 129.

⁶⁶ Gabcikovo-Nagymaros, *supra* nota 1, p. 40.

⁶⁷ Gabcikovo-Nagymaros, *supra* nota 1, ps. 40-41; Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 25; Informe de la CDI, *supra* nota 1, ps. 194-206; M. SHAW, *supra* nota 8, p. 712.

⁶⁸ Aclaraciones #2.

⁶⁹ Aclaraciones #12.

⁷⁰ Ver *supra* Secciones I.A y I.B.

2) Como argumento alternativo, Appollonia tendría derecho a ser indemnizada incluso si el hundimiento del *Mairi Maru* hubiera sido realizado bajo circunstancias que excluyen su ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito es sin perjuicio de la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión ⁷¹. Por ende, incluso si esta Corte decidiera que Raglan ha invocado satisfactoriamente una circunstancia que excluye la ilicitud del hundimiento, de todos modos sería responsable del pago de una indemnización a Appollonia, ya que el hundimiento del *Mairi Maru* ocasionó pérdidas económicas a sus dueños y aseguradores ⁷².

III) RAGLAN CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR UNA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDAS ECONÓMICAS RESULTANTES DE HECHOS OCURRIDOS TOTALMENTE FUERA DE SUS AGUAS TERRITORIALES Y SU ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

A) RAGLAN NO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA EFECTUAR UNA RECLAMACIÓN EN NOMBRE DE SUS NACIONALES QUE NO HAN AGOTADO LOS RECURSOS INTERNOS

Como ha sido expresado precedentemente, los recursos internos deben ser agotados antes de que un Estado pueda formular una reclamación en nombre de sus nacionales mediante protección diplomática ⁷³. En el presente caso, las empresas de Raglan no han hecho uso de los recursos internos de Appollonia. Por consiguiente, Raglan se encuentra impedido de invocar los reclamos de sus empresas dedicadas a actividades comerciales en los Norton Shallows y de requerir una indemnización en su nombre.

B) RAGLAN NO PUEDE INVOCAR LA RESPONSABILIDAD DE APPOLLONIA COMO ESTADO LESIONADO Y POR ENDE TAMPOCO PUEDE RECLAMAR UNA INDEMNIZACIÓN

Conforme a normas consuetudinarias sobre responsabilidad de los Estados, sólo los Estados lesionados tienen legitimación para reclamar una indemnización por los daños resultantes de un hecho internacionalmente ilícito ⁷⁴.

De acuerdo a los hechos del presente caso, no estando involucradas obligaciones interdependientes ⁷⁵, Raglan sólo podría ser considerado un Estado lesio-

⁷¹ Gab_íkovo-Nagymaros, *supra* nota 1, p. 39; Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 27; Informe de la CDI, *supra* nota 1, ps. 209-211.

⁷² *Compromis* #30.

⁷³ *Id.*, *supra* nota 48.

⁷⁴ Gab_íkovo-Nagymaros, *supra* nota 1, p. 81; Res 56/83, *supra* nota 1, art. 42; M. SHAW, *supra* nota 8, p. 713; P. BIRNIE & A. BOYLE, *International Law and the Environment* 195 (2002).

⁷⁵ Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 42, § 5.

nado si: 1) la obligación violada existiera con relación a ese Estado individualmente ⁷⁶; o 2) si fuera especialmente afectado por la violación de una obligación *erga omnes* ⁷⁷. Ninguna de estas situaciones ha tenido lugar en el presente caso.

1) Ninguna obligación individualmente debida a Raglan ha sido violada

Como será explicado más adelante ⁷⁸, Appollonia no tenía obligación de notificar a Raglan del cargamento de MOX ni de obtener su previo consentimiento. Por consiguiente, dado que ninguna obligación individualmente debida a Raglan ha sido violada, éste no puede ser considerado un Estado lesionado sobre esa base.

2) Raglan no ha sido especialmente afectado por la violación de una obligación *erga omnes*

Las obligaciones *erga omnes* son aquéllas debidas a la comunidad internacional en su conjunto y con respecto a las cuales todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en su protección ⁷⁹.

a) Appollonia no ha violado ninguna obligación *erga omnes*

La obligación de prevenir daños al medio ambiente marino ⁸⁰ jamás ha sido reconocida por esta Corte entre las escasas obligaciones con carácter *erga omnes* ⁸¹. No obstante, si este tribunal considerara que tal obligación es debida a la comunidad internacional en su conjunto, aun así el cargamento de MOX de Appollonia sería lícito.

A fin de cumplir con dicha obligación, un Estado debe demostrar que ha actuado con la debida diligencia requerida por la actividad emprendida ⁸². El car-

⁷⁶ Res 56/83, *supra* nota 1, art. 42 (a).

⁷⁷ Res 56/83, *supra* nota 1, art. 42 (b) i.

⁷⁸ Ver Parte IV.

⁷⁹ Barcelona Traction, *supra* nota 48, §§ 33-34; M. RAGAZZI, *The Concept of Obligations Erga Omnes* 1 (1997); M. SHAW, *supra* nota 8, p. 116.

⁸⁰ Convención de Ginebra sobre Alta Mar, *supra* nota 5, art. 25.

⁸¹ Barcelona Traction, *supra* nota 48, §§ 33-34; Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia (África Suroccidental) sin perjuicio de la Resolución 276 del Consejo de Seguridad (Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971), 1971 CIJ 16, p. 56, § 126; Timor Oriental (Portugal v. Australia), 1995 CIJ 90, p. 102, § 29; Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), 1996 CIJ 595, p. 616, § 31.

⁸² Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972, Principios 7 y 21, 11 I.L.M. 1416 (1972); Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992, Principio 2, 31 ILM 874 (1992); A.E. Boyle, "State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?", 39 *Int'l & Comp. L. Q.* 1, p. 15 (1990); M. A. FITZMAURICE, "International Protection of the Environment", 293 *RCADI* 9, p. 222 (2001); P. N. OKOWA, "Procedural Obligations in International Environmental Agreements", 67 *Brit. Y. B. Int'l L.*

gamento de MOX de Appollonia cumplió con todas las medidas apropiadas para el transporte seguro de sustancias radioactivas ⁸³. Appollonia concluyó acuerdos especiales de seguridad con la OIEA, observando todos los estándares establecidos por este organismo ⁸⁴, el cual fue debidamente notificado ⁸⁵, y empleó transportistas privados especializados, provistos de buques con doble casco y capitanes experimentados en el transporte de materiales nucleares ⁸⁶.

Consecuentemente, Appollonia cumplió con todas sus obligaciones internacionales en relación al transporte de MOX.

b) Raglan no ha sido especialmente afectado por la presunta violación de una obligación *erga omnes*

Si esta Corte decidiera que Appollonia ha violado la obligación *erga omnes* de proteger y preservar el medio marino, Raglan no podría ser considerado, de todos modos, un Estado lesionado, ya que no ha sido especialmente afectado por la violación de tal obligación ⁸⁷.

Para ser considerado especialmente afectado un Estado debe haber sufrido un efecto adverso particular como resultado de dicha violación ⁸⁸. El presente caso no involucra ningún efecto de este tipo en relación a un Estado en particular. Ni las aguas de Raglan ni sus islas o playas han sido contaminadas ⁸⁹. Raglan no ha sido afectado por la violación de un modo tal que lo distinga de la generalidad de Estados con interés legítimo en la protección del medio ambiente

275, p. 280 (1996); R. PISSILLO-MAZZESCHI, "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI (EDS), *International Responsibility for Environmental Harm* 15 (1991) ps. 21 y 28-9; N. Horbach & P. Bekker, "State Responsibility for Injurious Transboundary Activity in Retrospect", 50 *Neth. Int'l L. Rev.* 327, p. 335 (2003).

⁸³ Cf. CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 217; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 3 de marzo de 1980, TIAS 11080 [de aquí en adelante Convención sobre Protección Física].

⁸⁴ *Compromis* #3; *Aclaraciones* #1; OIEA, Circular Informativa No. 153, INFCIRC/153, junio 1972; OIEA, "The Physical Protection of Nuclear Material and Nuclear Facilities", INFCIRC/225/Rev. 4; Estatuto de la OIEA, disponible en: http://www.iaea.org/About/statute_text.html

⁸⁵ *Compromis*, # 10.

⁸⁶ *Compromis*, #14; *Aclaraciones* #11.

⁸⁷ Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 42.b.(i).

⁸⁸ Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 42, § 12; Cf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 60.2.b, 1155 UNTS 331; L. SICILIANOS, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", 13 *Eur. J. Int'l L.* 1127, p. 1139 (2002); X. HANQIN, *Transboundary damage in International Law* 245 (2003).

⁸⁹ *Compromis*, # 21; *Aclaraciones*, # 12.

marino ⁹⁰. La libertad de todos los Estados de utilizar el área de alta mar ⁹¹ que rodea los Norton Shallows ha sido igualmente restringida.

Más aún, Raglan no puede ser considerado especialmente afectado ya que, como se desarrollará más adelante ⁹², no ha sufrido ningún daño susceptible de evaluación financiera en su territorio o en la propiedad de sus nacionales.

Consecuentemente, Raglan no puede ser considerado un Estado lesionado, pues no ha sido especialmente afectado por la presunta violación de una obligación *erga omnes*.

C) RAGLAN NO PUEDE RECLAMAR UNA INDEMNIZACIÓN POR LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN *ERGA OMNES* COMO UN ESTADO DISTINTO DEL ESTADO LESIONADO

Asimismo, Raglan no estaría legitimado a invocar la responsabilidad de Appollonia actuando en interés colectivo. El interés legítimo de un Estado distinto del Estado lesionado para invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una obligación *erga omnes*, no tiene sustento en el derecho internacional consuetudinario ⁹³. La *actio popularis*, es decir, el reclamo jurídico efectuado por un Estado en nombre de la comunidad de Estados, jamás ha sido reconocida por este tribunal como fundamento de legitimación ⁹⁴.

Por otra parte, el derecho en su estado actual no ha llegado al punto de permitir a los Estados no lesionados reclamar una indemnización ⁹⁵. De hecho, la CDI ha manifestado expresamente que la regla en virtud de la cual un Estado distinto del Estado lesionado se halla facultado a pedir reparación por la violación de una obligación *erga omnes*, constituye una medida de desarrollo progre-

⁹⁰ Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 42, § 12.

⁹¹ Convención de Ginebra sobre Alta Mar, *supra* nota 5, art. 2; CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 87.

⁹² *Ver infra* Sección III.D.1.

⁹³ X. HANQIN, *supra* nota 88, p. 250; C. GRAY, *Judicial Remedies in International Law* 214 (1987); B. SMITH, *State Responsibility and the Marine Environment. The Rules of Decision* 94 (1988); Cf. K. ZEMANEK, "State Responsibility and Liability", en W. LANG, H. NEUHOLD, K. ZEMANEK (EDS.), *Environmental Protection and International Law* 187, p. 192 (1991); M. FITZMAURICE, "Liability for Environmental Damage to the Global Commons", 5 RECEIL 305, p. 306 (1996); cfr. A. Tanzi, "Is damage a distinct condition for the existence of an internationally wrongful act?", en M. SPINEDI & B. SIMMA, *United Nations Codification of State Responsibility* 17-8 (1997).

⁹⁴ África Suroccidental (Etiopía v. Sudáfrica; Liberia v. Sudáfrica), Segunda Fase, 1966 CIJ 6, p. 47, § 88; Ensayos Nucleares (Australia v. Francia), 1973 CIJ 99; Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia), 1973 CIJ 135; M. RAGAZZI, *supra* nota 79, ps. 210-214; Ensayos Nucleares (Australia v. Francia), Memoriales, Ensayos Nucleares, vol. i (Australia v. Francia), p. 331; Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia), Memoriales, Ensayos Nucleares, vol. ii, p. 8.

⁹⁵ África Suroccidental, *supra* nota 94, p. 32; L. Sicilianos, *supra* nota 88, p. 1139; Fitzmaurice, *supra* nota 93, ps. 309-310.

sivo ⁹⁶, que todavía no ha encontrado sustento en la práctica de los Estados ni en la *opinio juris* ⁹⁷.

D) A TODO EVENTO, LAS CONDICIONES PARA RECLAMAR UNA INDEMNIZACIÓN COMO FORMA DE REPARACIÓN NO HAN SIDO SATISFECHAS EN EL PRESENTE CASO

Incluso si Raglan estuviera legitimado para invocar la responsabilidad de Appollonia, las condiciones para reclamar una indemnización como forma de reparación no han sido satisfechas en el presente caso.

1) Raglan no ha sufrido ningún daño como consecuencia del cargamento de MOX de Appollonia

Raglan no tiene derecho a recibir una indemnización puesto que ni él mismo ni sus nacionales han sufrido lucro cesante o daño directo y perceptible en su territorio o en su propiedad.

El daño se produjo en alta mar, bien común global ⁹⁸ fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Por lo tanto, ningún Estado ha sido dañado en su territorio o propiedad ⁹⁹. El impacto ecológico sobre los bienes comunes globales califica como daño inmaterial y, como tal, no da lugar a indemnización ¹⁰⁰. Sólo el "daño susceptible de evaluación financiera" proveniente del daño efectivo a la propiedad o a las personas es indemnizable en derecho internacional ¹⁰¹.

Por otra parte, a fin de que sea otorgada una indemnización por lucro cesante de los nacionales, es necesario que exista un menoscabo en los derechos de propiedad del reclamante ¹⁰². Los nacionales de Raglan no poseen ningún derecho de propiedad en los Norton Shallows o en sus aguas circundantes, o sobre la

⁹⁶ Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 48, § 12.

⁹⁷ Cf. X. HANQIN, *supra* nota 88, p. 250.

⁹⁸ F. FRANCONI, *International Co-operation for the Protection of the Environment: The Procedural Dimension*, en W. LANG, H. NEUHOLD, K. ZEMANEK (EDS.), *supra* nota 93, 203, p. 212; M. TANAKA, "Lessons from the Protracted MOX Plant Dispute: A Proposed Protocol on Marine Environmental Impact Assessment to the United Nations Convention on the Law of the Sea", 25 *Mich. J. Int'l L.* 337, p. 343; cfr. CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 89.

⁹⁹ J. I. CHARNEY, *Third state remedies for environmental damage to the world's common spaces*, en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI (EDS.), *supra* nota 82, p. 157; FITZMAURICE, *supra* nota 93, p. 309.

¹⁰⁰ ZEMANEK, *supra* nota 93, p. 198.

¹⁰¹ Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 36; Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 36, §§ 1, 4, 21; M. A. FITZMAURICE, *supra* nota 82, p. 226; B. GRAEFRATH, *Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages*, 185 RCADI 9, p. 47 (1984-II); M. SPINEDI, *Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite causant un dommage a l'environnement*, en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI (EDS.), *supra* nota 82, p. 107.

¹⁰² Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 31.2; Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 31, § 8.

explotación de sus recursos, ya que esta área se encuentra fuera de la jurisdicción nacional. Asimismo, las ganancias futuras no deben ser demasiado especulativas, fortuitas o inciertas ¹⁰³, cual es el precisamente el caso de las ganancias previstas para los próximos cinco años como resultado de las actividades pesqueras y turísticas desarrolladas en los Norton Shallows ¹⁰⁴.

En consecuencia, Raglan no tiene derecho a percibir una indemnización puesto que las condiciones para su otorgamiento no se encuentran reunidas.

2) No hay conexión causal entre el hecho presuntamente ilícito de Appollonia y el daño a los bancos de arena y sus aguas circundantes

El cumplimiento de la obligación de reparar por parte del Estado responsable se halla limitado al perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito ¹⁰⁵.

El reclamo de Raglan no cumple con la exigencia de que el hecho presuntamente ilícito de Appollonia sea la causa próxima ¹⁰⁶ del daño a los Norton Shallows. A fin de determinar qué daños constituyen la consecuencia próxima del hecho ilícito, el daño debe ser el resultado natural y normal del acto ilegal ¹⁰⁷ y las consecuencias deben haber sido previsibles para el Estado responsable de la violación ¹⁰⁸.

En primer lugar, la causa próxima ¹⁰⁹ del daño no fue otra que el hecho internacionalmente ilícito de Raglan ¹¹⁰. Si Thomas Good —cuyos actos son

¹⁰³ Shufeldt (EE.UU./Guatemala), UNRIAA, vol. II, p. 1079 (1930), p. 1099; Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, (1990) 1 ICSID Reports 569, p. 612, § 178; M. WHITEMAN, *Damages in International Law*, vol. III, 1837 (1943).

¹⁰⁴ *Compromis*, # 34.

¹⁰⁵ Res 56/83, *supra* nota 1, art. 31; Informe de la CDI, *supra* nota 1, comentario al art. 31, § 5; P. BIRNIE AND A. BOYLE, *supra* nota 74, p. 193.

¹⁰⁶ Gabíkovo-Nagymaros, *supra* nota 1, p. 81, Decisión Administrativa No. II, *Comisión de Reclamos Mixta Germano-Americana* (1923), reimpresa en 7 RIAA 23 (1956), p. 30; Standard Oil Co. of New York (EE.UU. v. Alemania), 7 RIAA 301 (1926), p. 307; cfr. M. Straus, "Causation as an Element of State Responsibility", 16 *Law and Policy in International Business* 893, p. 922 (1984); GRAEFRATH, *supra* nota 101, p. 44; FITZMAURICE, *supra* nota 82, p. 232; cfr. J. S. BOREK, *Other State Responsibility Issues*, en LILlich & MAGRAW, *supra* nota 32; Informe de la CDI, *supra* nota 90, comentario al art. 36, § 4.

¹⁰⁷ Caso Dix (EE.UU. v. Venezuela), *Comisión de Reclamos Mixta*, 9 RIAA 119 (1903), p. 121; M. A. Quinta Export Co. (EE.UU. v. Alemania), 7 RIAA 363 (1926); Hoffland Honey Co. v. National Iranian Oil Co., 2 Iran-USCTR 4 (1983), ps. 42-43; I. BROWNLIE, *supra* nota 7, ps. 224-225; B. CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* 244 (1953).

¹⁰⁸ CHENG, *supra* nota 107, p. 249; Arbitraje sobre Daños en las Colonias Portuguesas, *Tribunal Arbitral Portugo-Germano*, sentencia sobre Responsabilidad, 2 UNRIAA 1011 (1928), ps. 1031-1032, 1075.

¹⁰⁹ *Id.*, *supra* nota 106.

¹¹⁰ Ver Parte I.B

atribuibles a Raglan— no hubiera abordado ¹¹¹, puesto fuera de servicio y dejado a la deriva ¹¹² al *Mairi Maru*, el buque no habría encallado ni derramado su cargamento nuclear ¹¹³.

En segundo lugar, la cadena causal originaria que vinculaba el cargamento de MOX de Appollonia con el daño a los bancos de arena fue interrumpida por dos causas distinguibles, independientes de la conducta de Appollonia y absolutamente imprevisibles ¹¹⁴: 1) un hecho fortuito ¹¹⁵, la tormenta, hizo encallar al buque; y 2) la intervención de un tercero, a saber, los actos de Thomas Good. Por lo tanto, si esta eminente Corte concluyera que los actos de Thomas Good no son atribuibles a Raglan, de todos modos los mismos deberían ser reputados como la intervención de un tercero a los efectos de la causalidad ¹¹⁶.

En consecuencia, Appollonia no se encuentra obligada a indemnizar a Raglan por el daño a los Norton Shallows ya que el mismo no fue causado por el cargamento de MOX.

E) ASIMISMO, NO EXISTE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL PROVENIENTE DE ACTIVIDADES NO PROHIBIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

No existe responsabilidad sin hecho ilícito por daño ambiental en el derecho internacional contemporáneo ¹¹⁷. La existencia de una obligación de pagar indemnización por las consecuencias de actividades que no son ilícitas, no encuentra sustento en las decisiones de los tribunales internacionales ¹¹⁸. En efecto,

¹¹¹ *Compromis*, # 16.

¹¹² *Compromis*, # 18.

¹¹³ *Compromis* # 19.

¹¹⁴ Decisión Administrativa No. II, *supra* nota 106; B. BOLLECKER-STERN, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale* 274 (1973).

¹¹⁵ Zemanek, *supra* nota 93, p. 192.

¹¹⁶ Cf. Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos, *supra* nota 1, p. 30, § 59; cfr. Actividades Militares y Paramilitares, *supra* nota 1, §§ 93-122; D.D. Caron, *supra* nota 32, p. 155.

¹¹⁷ I. BROWNLIE, *supra* nota 7, p. 50; M. SHAW, *supra* nota 8, ps. 762-763; X. HANQIN, *supra* nota 88, p. 259; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 74, p. 382; ZEMANEK, *supra* nota 93, p. 193; cfr. J. VAN DYKE, "The Legal Regime Governing Sea Transport of Ultrahazardous Radioactive Materials", 33 *Ocean Development & International Law* 77, p. 82 (2002); R. PISSILLO-MAZZESCHI, *supra* nota 82, ps. 28, 34-5; P. BIRNIE, *Commentary: Liability for Damage Resulting from the Transport of Hazardous Cargoes by Sea*, en ALASTARI COUPER & EDGAR GOLD, *supra* nota, 377, p. 379.

¹¹⁸ Arbitraje Trail Smelter (EE.UU. v. Canadá), 3 RIAA1905 (1941), ps. 1931-1965; Canal de Corfú, *supra* nota 3, ps. 22-3; Arbitraje Lago Lanoux (Francia v. España), 12 RIAA 281 (1957), p. 303; Ensayos Nucleares, *supra* nota 94; Arreglo del Reclamo Gut Dam entre Canadá y EE.UU., 8 ILM 118 (1969); Arreglo de los reclamos japoneses por daños a las personas y a la propiedad resultantes de los ensayos nucleares en las Islas Marshall (1955) 1 UST, 1 TIAS 3160; Canadá-URSS, Protocolo sobre el Arreglo del Reclamo de Canadá por los Daños causados por el "Cosmos 954", 20 ILM 689 (1981) [de aquí en adelante Cosmos 954].

la cuestión de la responsabilidad sin hecho ilícito fue tratada por la CDI como un supuesto de desarrollo progresivo ¹¹⁹. Asimismo, los pocos casos en los cuales se pagó indemnización sin consideración de un hecho ilícito, ello ocurrió en el marco de acuerdos especiales ¹²⁰ o constituyeron pagos *ex gratia* ¹²¹.

Por lo tanto, fuera del ámbito de ciertas convenciones particulares, no existe obligación general de los Estados de proveer indemnización en ausencia de un hecho ilícito.

IV) APPOLLONIA NO VIOLÓ NINGUNA OBLIGACIÓN DEBIDA A RAGLAN CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL EN RELACIÓN AL TRANSPORTE DE MOX POR LAS AGUAS DEL ARCHIPIÉLAGO RAGLANIENSE

A) APPOLLONIA NO SE ENCONTRABA BAJO LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR A RAGLAN DEL PASO DEL *MAIRI MARU* NI DE OBTENER SU PREVIO CONSENTIMIENTO PARA ELLO

Conforme al derecho internacional consuetudinario, la obligación de prevenir daños al medio ambiente marino no incluye el deber del Estado del pabellón de notificar u obtener el previo consentimiento del Estado de tránsito para el transporte de sustancias peligrosas.

1) *El Mairi Maru* estaba ejerciendo debidamente el derecho de paso por vías marítimas archipelágicas

La CONVEMAR confiere a los buques y aeronaves extranjeros, sean o no sus Estados partes en ella, el derecho de paso por vías marítimas archipelágicas por o sobre las aguas archipelágicas y el mar territorial adyacente ¹²². El *Mairi Maru*, al atravesar el archipiélago raglaniense, estaba ejerciendo debidamente dicho derecho de paso ¹²³.

La facultad de los Estados archipelágicos de regular este paso no incluye la posibilidad de someter el tránsito de buques que transporten sustancias peli-

¹¹⁹ HORBACH & BEKKER, *supra* nota 82, ps. 332-3; M. FITZMAURICE, *supra* nota 82, p. 225; "Proyecto sobre prevención de daño transfronterizo por actividades peligrosas", extracto del Informe de la CDI sobre los trabajos de la 53ª Sesión, Registros Oficiales de la Asamblea General, 53ª Sesión, Suplemento No. 10 (A/56/10), chp. V.E.1.

¹²⁰ Convención de 1972 sobre Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, Mar. 29, 1972, art. 2, 961 UNTS 187.

¹²¹ Cosmos 954, *supra* nota 119; ver "Survey of State Practice Relevant to International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law", UN Secretariat (Mura River case, Marshall Islands case, Juliana Ship case & Cherry Point Oil Spill case), ps. 284-5, 288-9, NU Doc. A/CN.4/384 (1984).

¹²² CONVEMAR, *supra* nota 5, art. 53; L. T. Lee, "The Law of the Sea Convention and Third States", 77 *Am. J. Int'l L.* 541, p. 549 (1983); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 88, art. 36.

¹²³ Aclaraciones #10.

grasas a previa notificación o consentimiento informado ¹²⁴. De hecho, durante los trabajos de la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, la propuesta de Filipinas de restringir el paso por aguas archipelágicas de buques que transporten este tipo de sustancias fue expresamente rechazada ¹²⁵, mientras otros Estados archipelágicos han reconocido expresamente que no tienen derecho a impedir el paso de buques que transporten tales materiales ¹²⁶.

2) Appollonia no está obligada conforme al derecho internacional a proporcionar a Raglan notificación previa o a obtener su previo consentimiento

Appollonia no está obligada por ninguna norma convencional que le exija notificar a Raglan u obtener su previo consentimiento para el transporte de sustancias nucleares por sus aguas jurisdiccionales ¹²⁷.

Asimismo, la notificación o el consentimiento no son requeridos por el derecho internacional consuetudinario ¹²⁸. Una norma de derecho internacional consuetudinario sólo se forma por medio de una práctica estadual constante, consistente y uniforme, junto con la *opinio iuris sive necessitatis* ¹²⁹. En lo que concierne a la *opinio iuris*, varios Estados han anexado declaraciones rechazando el requerimiento de previa notificación o autorización, al ratificar la CONVEMAR ¹³⁰ o la Convención de Basilea para el Control de los Movimien-

¹²⁴ CONVEMAR, *supra* nota 5, arts. 42 y 53; A. KISS & D. SHELTON, *supra* nota 52, ps. 512-3; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 74, p. 432; J.M. Van Dyke, "Sea Shipment of Japanese Plutonium under International Law", 24 *Ocean Development and International Law* 399, ps. 407-410 (1993); R. PEDROZO, "Transport of Nuclear Cargoes by Sea", 28 *J. Mar. L. Com.* 207, ps. 223-6 (1997); TANAKA, *supra* nota 98, p. 350; I. RUMMEL-BULSKA, "The Basel Convention and the UN Convention on the Law of the Sea", en H. RINGBOM, *Competing Norms in the Law of Marine Environmental Protection. Focus on Ship Safety and Pollution Prevention* 83, p. 92 (1997).

¹²⁵ Ver L. PINESCHI, *The Transit of Ships Carrying Hazardous Wastes through Foreign Coastal Zones*, en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI (EDS.), *supra* nota 82, p. 307.

¹²⁶ Van Dyke, "Sea Shipment...", *supra* nota 124, p. 411; T. SCOVAZZI, "The Transboundary Movement of Hazardous Wastes in the Mediterranean Regional Context", 19 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* 231, p. 240 (2000/2001).

¹²⁷ *Compromis*, # 35

¹²⁸ K. HAKAPÄÄ, "Some observations on Vessel-Source Pollution", en M.H. NORDQUIST, J.N. MOORE & S. MAHMOUDI (EDS.), *The Stockholm Declaration and Law of the Marine Environment* 277, p. 281 (2003); E. J. MOLENAAR, COASTAL STATE JURISDICTION OVER VESSEL-SOURCE POLLUTION 228-234 (1998); E. R. FIDELL, "Maritime Transportation of Plutonium and Spent Nuclear Fuel", 31 *Int'l Law* 757, ps. 759-762, 771 (1997).

¹²⁹ Plataforma Continental del Mar del Norte, *supra* nota 8, § 77.

¹³⁰ Reino Unido, Alemania, Italia, Países Bajos, disponible en: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm.

tos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación¹³¹. Por otra parte, en los casos en que los Estados si notifican a otros Estados del transporte de sustancias nucleares por sus aguas jurisdiccionales, simplemente lo hacen en virtud de obligaciones convencionales¹³² o por razones de cortesía¹³³, evidenciando de este modo la falta de la necesaria *opinio juris* para que surja una norma de derecho internacional consuetudinario¹³⁴.

En cuanto a la práctica de los Estados, los tratados existentes en materia de transporte de sustancias peligrosas son inconsistentes con respecto a la previa notificación y al consentimiento previo e informado¹³⁵. Mientras que algunos de estos tratados guardan silencio al respecto, salvaguardando al mismo tiempo los derechos de navegación¹³⁶, otros sólo exigen notificación a una entidad no estatal¹³⁷ o resultan inaplicables al supuesto de transporte de sustancias nucleares¹³⁸.

En consecuencia, "no puede deducirse de todo esto ninguna práctica constante y uniforme aceptada como derecho"¹³⁹ en relación a la exigencia de notificación o previo consentimiento para el transporte de sustancias peligrosas tales como MOX. Por lo tanto, Appollonia no tenía ninguna obligación de notificar a Raglan del transporte de MOX por sus aguas archipelágicas o de obtener su previo consentimiento para ello.

¹³¹ Convención de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 marzo de 1989, 1673 UNTS 125 [de aquí en adelante Convención de Basilea]; Italia, Japón, Reino Unido, Alemania, Finlandia, Países Bajos, Suecia, Singapur, Estados Unidos, disponible en: <http://www.basel.int/ratiff/rsetmain.php>.

¹³² Convención de Basilea, *supra* nota 131, arts. 6.1, 6.4, 7, 9.1, 11; Convención de Bamako sobre la Prohibición de la Importación a África, la Fiscalización de los Movimientos Transfronterizos y la Gestión dentro de África de Desechos Peligrosos, 29 de enero de 1991, 30 ILM 773, arts. 6.1, 6.4, 7, 30; Convención de Waigani de Prohibición de Importación a los Países Insulares del Foro de Desechos Peligrosos dentro de la Región del Pacífico Meridional, 16 de septiembre de 1995, disponible en: http://www.ban.org/Library/waigani_treaty.html.

¹³³ Cfr. VAN DYKE, *The Legal Regime*, *supra* nota 117, p. 85.

¹³⁴ Cfr. J. VAN DYKE, *The Legal Regime*, *supra* nota 117, p. 85; P. N. OKOWA, *supra* nota 82, p. 336.

¹³⁵ Okowa, *supra* nota 82, ps. 327, 329, 335-6; Fidell, *supra* nota 128, p. 772.

¹³⁶ Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur, 24 ILM 1440 (1985), art. 5.2; Tratado de Creación de una Zona Libre de Armas Nucleares en África, 35 ILM 698 (1996), art. 2.2; Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, 11 ILM 1291 (1972), art. 13; CONVEMAR, *supra* nota 5.

¹³⁷ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), 298 UNTS 167.

¹³⁸ Convención de Basilea, *supra* nota 131, art. 1.

¹³⁹ Asilo (Colombia v. Perú), 1950 CIJ 266 (sentencia del 20 de noviembre 1950), p. 277.

B) COMO ARGUMENTO ALTERNATIVO, APPOLLONIA ESTABA EXCEPTUADA DE NOTIFICAR A RAGLAN DEL PASO DEL MAIRI MARU Y DE OBTENER SU PREVIO CONSENTIMIENTO

1) La notificación y el consentimiento están exceptuados por razones de seguridad

En caso de que esta Corte considere que efectivamente Appollonia estaba obligada a notificar o a obtener el consentimiento de Raglan, debe concluir que estas obligaciones reconocen ciertas excepciones.

Los Estados no están obligados a proporcionar ninguna información que pueda poner en peligro la seguridad del Estado en cuestión o la protección física del material nuclear ¹⁴⁰. Por ende, la omisión de Appollonia de proporcionar información sobre los buques que transportaban MOX o sus rutas ¹⁴¹ tiene como fundamento esta excepción, así como también sus obligaciones bajo el régimen de la OIEA, la cual exige mantener el más alto nivel de seguridad del material nuclear que está siendo transportado ¹⁴².

2) Raglan ha prestado su aquiescencia al transporte de MOX por sus aguas archipiélagas

Appollonia transportaba MOX regularmente a través del archipiélago de Raglan y éste jamás se opuso a ello ¹⁴³. Por consiguiente, ha de considerarse que Raglan ha dado su aquiescencia a dicho paso. En efecto, cuando un Estado presta su aquiescencia al comportamiento de otro Estado sin protestar contra el mismo, es de suponer que tal comportamiento ha sido aceptado como legítimo ¹⁴⁴. El Estado que tiene conocimiento de tal paso y no formula una objeción se encuentra impedido en adelante de reclamar ¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Convención sobre Protección Física, *supra* nota 83, arts. 3, 6.2; Circular de la OIEA sobre Protección Física, *supra* nota 84; F. Francioni, *supra* nota 98, ps. 209, 219; Tanaka, *supra* nota 98, p. 369.

¹⁴¹ *Compromis* # 10.

¹⁴² Pedrozo, *supra* nota 124, p. 221; Van Dyke, "Sea Shipment...", *supra* nota 124, p. 399.

¹⁴³ *Compromis* # 29.

¹⁴⁴ SHAW, *supra* nota 8, ps. 84-5.

¹⁴⁵ Templo de Preah Vihear (Camboya v. Tailandia), 1962 CIJ. 6 (sentencia del 15 de junio de 1962), ps. 23, 32; Caso Relativo a la Delimitación de la Frontera Marítima en la Región del Golfo de Maine (Canadá v. EE.UU.), sentencia del 12 de octubre de 1984, 1984 CIJ 246, p. 305, § 130, p. 308, § 140; Res. 56/83, *supra* nota 1, art. 45; R. Higgins, "Fundamentals of International Law", en JASENTULIYANA & NANDASIRI (EDS.), *Perspectives on International Law* 3, p. 28 (1995); MACGIBBON, "The Scope of acquiescence in International Law", 31 *Brit. Y. B. Int'l L.* 143, ps. 147-8 (1954); Okowa, *supra* nota 82, ps. 297-99.

V) PETITORIO

En virtud de lo expuesto, sírvase la Corte juzgar y declarar:

- I. Que Raglan es responsable por el ataque y naufragio de *El Mairi Maru* y por todas las consecuencias resultantes de los mismos en virtud de: 1) su inhabilidad para responder apropiadamente a las actividades piratas en sus aguas archipelágicas y 2) los actos de Thomas Good, los cuales son imputables a Raglan;
- II. Que Raglan es responsable por la pérdida de *El Mairi Maru*, del MOX y demás cargamento del buque, dado que el hundimiento del mismo fue ilegal, y por lo tanto debe una indemnización a Appollonia en nombre de sus nacionales que han sufrido directamente pérdidas económicas y de otra índole;
- III. Que Raglan carece de legitimación para reclamar una indemnización por pérdidas económicas resultantes de hechos ocurridos totalmente fuera de sus aguas territoriales y de su zona económica exclusiva; y
- IV. Que Appollonia no violó ninguna obligación debida a Raglan conforme al derecho internacional en relación al transporte de MOX por las aguas del archipiélago raglaniense.

En respetuosa presentación ante la Corte Internacional de Justicia,

La República de Appollonia

MEMORIAL POR LA PARTE DEMANDADA

I) RAGLAN NO ES RESPONSABLE POR EL ATAQUE SOBRE EL MAIRI MARU Y NO DEBE INDEMNIZACIÓN ALGUNA A APPOLLONIA POR LOS DAÑOS QUE RESULTARON DEL MISMO

En el derecho internacional, "la conducta de particulares no es como tal atribuible al Estado"¹⁴⁶. Solamente la conducta de los órganos de gobierno del Estado o de otras personas que han actuado como sus agentes puede ser atribuida al Estado¹⁴⁷ y acarrear su responsabilidad internacional¹⁴⁸.

En este caso, Raglan únicamente podría ser considerado responsable de los actos de Thomas Good si se considerara que éste actuó como su agente o si Raglan hubiese tenido la obligación de prevenir dichos actos y si los órganos o agentes de Raglan hubiesen fracasado en tomar las medidas diligentes para prevenirlo¹⁴⁹. Sin embargo, ninguna de dichas circunstancias está presente en este caso.

A) RAGLAN NO PUEDE SER CONSIDERADO RESPONSABLE POR EL ATAQUE AL MAIRI MARU POR HABER LOGRADO PREVENIRLO

1) Conforme al derecho internacional, el ataque al Mairi Maru no constituye un acto de piratería que Raglan tuviera obligación de reprimir

El ataque al *Mairi Maru* no reúne dos de los elementos objetivos necesarios para que un acto constituya el crimen de piratería conforme al derecho internacional, a saber, que el acto haya tenido lugar en alta mar o en un lugar fuera de la jurisdicción de cualquier Estado y que estén involucrados dos bu-

¹⁴⁶ Informe de la CDI, 53ª Ses., AGNU A/56/10, 81 (2001) [de aquí en adelante Informe de la CDI].

¹⁴⁷ Informe de la CDI, *supra* nota 146, 80-84; BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, 132-166 (1983); R. HIGGINS, *Problems & Process* 149-153 (1994); D. CARON, "The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-Substantive Rules", en R. LILICH & D. MAGRAW (EDS.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* 109 (1998); L. Condorelli, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, 189 RCADI 9 (1984-VI).

¹⁴⁸ Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, UN Doc. A/RES/56/83 (28 enero de 2002), artículo 1º [de aquí en adelante Res. 56/83]; Informe de la CDI, *supra* nota 146, 63-68.

¹⁴⁹ BROWNLIE, *supra* nota 147, 159-161; HIGGINS, *supra* nota 147, 153-155; J. Crawford & S. Olleson, "The Nature and Forms of International Responsibility", en M. EVANS (ED.), *International Law* 445, 455 (2003); G. Christenson, "The Doctrine of Attribution in State Responsibility", en R. LILICH (ED.), *INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS* 321, 326 (1983); G. Christenson, "Attributing Acts of Omission to the State", 12 *Mich. J. Int'l L.* 312, 323 (1991).

ques distintos ¹⁵⁰. En efecto, el ataque ocurrió, en su totalidad, dentro de las aguas archipelágicas de Raglan ¹⁵¹ y fue realizado desde el mismo buque ¹⁵², lo cual constituye un tipo de acto que ha sido repetidamente considerado como no comprendido dentro de la figura de piratería conforme al derecho internacional ¹⁵³.

Por lo tanto, dado que no ha sido cometido un crimen de piratería conforme el derecho internacional, Raglan no tenía la obligación de reprimir el ataque al *Mairi Maru*.

2) Asimismo, no existe una norma consuetudinaria que obligue a Raglan a prevenir actividades piratas u otros actos contra la seguridad de la navegación marítima cometidos en sus aguas archipelágicas

Ha sido correctamente afirmado que "la piratería en el mar territorial o aguas interiores tiene tan poco que ver con el derecho internacional como otros robos que ocurren dentro del territorio de un Estado" ¹⁵⁴. De esta forma, ninguna norma de derecho internacional convencional o consuetudinario que pese sobre Raglan le impone la obligación de prevenir o reprimir ni el crimen de piratería ni ningún otro acto contra la seguridad de la navegación marítima que pudiere ser cometido dentro de las aguas sujetas a su jurisdicción ¹⁵⁵.

En primer lugar, una norma de derecho internacional consuetudinario sólo se forma en virtud de la práctica constante, consistente y uniforme de los Esta-

¹⁵⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, art. 101, 21 ILM 1261 (1982) [de aquí en adelante, CONVEMAR]; Convención sobre Alta Mar, 29 de abril de 1958, art. 15, 450 UNTS 82 [de aquí en adelante, Convención sobre Alta Mar]; A. RUBIN, *The Law of Piracy* 319-337 (1988); B. DUBNER, *The Law of International Sea Piracy* 151 (1980); R.R. CHURCHILL & A.V. LOWE, *The Law of the Sea* 169 (1987); R. Beckman, "Combatting Piracy and Armed Robbery Against Ships in Southeast Asia: The Way Forward", 33 *Ocean Dev. & Int'l L.* 317, 328 (2002), J. Mo, "Options to Combat Maritime Piracy in Southeast Asia", 33 *Ocean Dev. & Int'l L.* 343, 347 (2002).

¹⁵¹ *Compromis* #17, Clarifications #3.

¹⁵² *Compromis* #17.

¹⁵³ CHURCHILL & LOWE, *supra* nota 150, 170; D.P. O'CONNELL & I.A. SHEARER (ED.), *The International Law of the Sea* 970-973 (1984); R. Reuland, "Interference with Non-National Ships on the High Seas: Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of Flag-State Jurisdiction", 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 1161, 1189 (1989); B. AUNE, "Piracy and Its Repression under the 1982 Law of the Sea Convention", en E. MANN BORGESSE ET ALIA (EDS.), 8 *Ocean Yearbook* 18, 31 (1989); S. MENEFEFEE, "The New "Jamaica Discipline": Problems with Piracy, Maritime Terrorism and the 1982 Convention on the Law of the Sea", 6 *Conn. J. Int'l L.* 127, 144 (1990).

¹⁵⁴ R. JENNINGS & A. WATTS, *Oppenheim's International Law* 753 (1992).

¹⁵⁵ C. Crockett, "Towards a Revision of the International Law of Piracy", 26 *DePaul L. Rev.* 78, 96-98 (1976-1977); Mo, *supra* nota 150, 352; P.W. Birnie, "Piracy: Past, Present and Future", 11 *Marine Policy* 163, 165-167 (1987); AUNE, *supra* nota 153, 33-34; cfr. MENEFEFEE, *supra* nota 153.

dos, junto con la *opinio iuris* ¹⁵⁶. En relación a esta supuesta obligación, como evidencian las legislaciones internas de los Estados sobre la piratería y ofensas conexas ¹⁵⁷, hay tanta falta de uniformidad en la práctica estatal que “no es posible discernir en todo esto ningún uso constante y uniforme aceptado como derecho” ¹⁵⁸. Con respecto a la *opinio iuris*, las resoluciones de la Asamblea General que tratan el tema no dan a entender que exista dicha obligación ¹⁵⁹. Por añadidura, se basan en un concepto de “robo armado en el mar” que no encuentra una definición consensuada entre los Estados en el derecho internacional. Pueden hallarse más pruebas de la carencia de *opinio iuris* en la falta de consenso para incluir una disposición en la CONVEMAR, autorizando el ejercicio de jurisdicción penal sobre buques extranjeros para la prevención de la piratería en aguas territoriales ¹⁶⁰. Además, la única práctica estatal relevante no se basa en la conciencia de estar cumpliendo con una norma vinculante del derecho internacional, sino que está dirigida a evitar los perjuicios económicos que pudieran resultar de la merma en el comercio marítimo ¹⁶¹.

En segundo lugar, Raglan no es parte de la única convención que requiere la prevención de actos similares al ataque al *Mairi Maru* ¹⁶², y ningún deber similar surge de sus obligaciones convencionales bajo la CONVEMAR. ¹⁶³.

Finalmente, tampoco puede derivarse dicha norma de la obligación de cada Estado de no permitir a sabiendas que se utilice su territorio para actos contra-

¹⁵⁶ Caso del Asilo (Colombia v. Perú), 1950 CIJ 266 (sentencia del 20 de noviembre de 1950), 277. Ver asimismo, Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania v. Dinamarca & República Federal de Alemania v. Países Bajos), 1969 CIJ 4 (sentencia del 20 de febrero de 1969), 45; Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos), 1986 CIJ 14 (sentencia del 27 de junio de 1986), 108-109.

¹⁵⁷ DUBNER, *supra* nota 150, 40; Z. KEYUAN, “Issues of Public International Law Relating to the Crackdown of Piracy in the South China Sea and Prospects for Regional Cooperation”, 3 *Sing. J. Int'l & Comp. L.* 524, 535 (1999). Ver asimismo, 18 USC §1651 (US); *Merchant Shipping and Maritime Security Act* 1997, §26 (1) (UK); Código Penal de Estonia, §110.

¹⁵⁸ Caso del Asilo, *supra* nota 156, 277.

¹⁵⁹ Los Océanos y el Derecho del Mar, Res. AG 53/32, 53° Ses., párrs. 22-23, Doc. ONU A/RES/53/32 (24 de noviembre de 1998); Los Océanos y el Derecho del Mar, Res. AG 54/31, 54° Ses., párrs. 20-23, Doc. ONU A/RES/54/31 (24 de noviembre de 1999); Los Océanos y el Derecho del Mar, Res. AG 55/7, 55° Ses., párrs. 33-34, Doc. ONU A/RES/55/7 (2000); Los Océanos y el Derecho del Mar, Res. AG 56/12, 56° Ses., párrs. 29-32, Doc. ONU A/RES/56/12 (28 de noviembre de 2001); Los Océanos y el Derecho del Mar, Res. AG 57/141, 57° Ses., párrs. 26-28, Doc. ONU A/RES/57/41 (12 de diciembre de 2002); Los Océanos y el Derecho del Mar, Res. AG 58/240, 58° Ses., párrs. 36-38, Doc. ONU A/RES/58/240 (23 de diciembre de 2003).

¹⁶⁰ M. NORDQUIST (ED.), *UNCLOS 1982: A Comentarioary*, vol II, 240 (1990).

¹⁶¹ Ver por ej., P. KWON, *The Law of the Sea and Northeast Asia* 105 (2000).

¹⁶² Convenio para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 10 de marzo de 1988, 1678 UNTS 222; *Compromis* #35.

¹⁶³ CONVEMAR, *supra* nota 150; *Compromis* #35.

rios a los derechos de otros Estados ¹⁶⁴, dado que la conducta requerida para cumplir con dicha obligación se limita a notificar y advertir sobre la existencia de la fuente de peligro, pero no incluye la efectiva prevención de dichos actos ¹⁶⁵.

3) Como argumento alternativo, al establecer el programa "anti-piratería" y realizar gestiones para el procesamiento de los supuestos piratas, Raglan ha cumplido efectivamente con sus obligaciones conforme al derecho internacional

Incluso en el caso de que Raglan hubiese tenido la obligación de prevenir o reprimir el ataque al *Mairi Maru*, tampoco podría ser considerada internacionalmente responsable dado que ha de entenderse que ha cumplido con tales obligaciones.

En efecto, el cumplimiento de dicha obligación —así como de todas las obligaciones internacionales que conciernen a la prevención por el Estado de actos llevados a cabo por particulares— debe ser valorado por el ejercicio de la "debidada diligencia" en la prevención de los actos y en su represión ¹⁶⁶. El mero hecho de que el ataque haya ocurrido o de que Thomas Good no haya sido capturado no puede, por sí mismo, llevar a la conclusión de que Raglan violó sus obligaciones internacionales. Raglan fue, en efecto, diligente en la prevención y represión de actos similares al ataque al *Mairi Maru*. En primer lugar, el programa "anti-piratería" redujo efectivamente la probabilidad de ocurrencia de los ataques hasta llegar a su casi completa eliminación ¹⁶⁷. En segundo lugar, los esfuerzos de persecución penal de Raglan no pueden considerarse como un ultraje, como un obrar de mala fe o como producto de un abandono intencional de su deber ¹⁶⁸. Muy por el contrario, los procesos y condenas llevados a cabo por Raglan son claramente indicativos del ejercicio continuado de la debida diligencia en el cumplimiento de la supuesta obligación ¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Caso del Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania), 1949 CIJ 4 (sentencia del 9 de abril de 1949), 22.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos v. Irán), 1980 CIJ 3 (sentencia del 24 de mayo de 1980), 31, 33; *SS Lotus*, 1927, CPJI, Serie A, No. 10, 88 (Opinión disidente del juez Moore); Noyes, 6 UNRIAA 308 (1933); YOUMANS, 21 *Am. J. Int'l L.* 571 (1927); Spanish Zones of Morocco (UK v. Spain), 2 UNRIAA 615 (1924); BROWNLIE, *supra* nota 147, 161-162; HIGGINS, *supra* nota 147, 155-156; R. PISILLO-MAZZESCHI, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", 35 *Ger. Y.B. Int'l L.* 9, 25-30 (1992).

¹⁶⁷ *Compromis* #12.

¹⁶⁸ Neer, 4 UNRIAA 60, 61-62 (1926); R. LILlich & J. PAXMAN, "State Responsibility for Injuries to Aliens Occasioned by Terrorists Activities", 26 *Am. U. L. Rev.* 217, 280 (1976-1977).

¹⁶⁹ *Clarifications* #7.

B) LOS ACTOS DE THOMAS GOOD NO PUEDEN SER ATRIBUIDOS A RAGLAN Y, POR LO TANTO, RAGLAN NO PUEDE SER CONSIDERADO INTERNACIONALMENTE RESPONSABLE POR EL ATAQUE AL *MAIRI MARU*

1) Los actos de Thomas Good no son atribuibles a Raglan debido a que no estaba facultado para ejercer atribuciones del poder público

Thomas Good no era un órgano de Raglan. En el presente caso, su conducta no es atribuible a Raglan, ya que no estaba facultado para ejercer atribuciones del poder público ¹⁷⁰.

En primer lugar, el hecho de que el programa de los pilotos privados fuera iniciado por el gobierno no implica de por sí que funcionaran como parte de la maquinaria estatal ¹⁷¹. En segundo lugar, la función de los pilotos no conllevaba un ejercicio del poder público ni cuando era efectuada por la Armada Real de Raglan ni cuando la desempeñaban los contratistas privados. En efecto, en ambos casos, la autoridad de los pilotos estaba circunscripta a navegar los buques y a contactar a la Armada Real de Raglan en caso de peligro. Dicha función no es inherentemente gubernamental y puede perfectamente ser realizada por cualquier particular que tenga los conocimientos para navegar un buque.

2) Como argumento alternativo, los actos de Thomas Good fueron realizados en su calidad privada y no en su calidad oficial y, por lo tanto, no son atribuibles a Raglan

Incluso si esta Corte determinara que Thomas Good ejercía atribuciones del poder público, de todos modos sus actos tampoco serían atribuibles a Raglan. En principio, el comportamiento *ultra vires* "de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público" ¹⁷² es atribuible al Estado ¹⁷³. Sin embargo, ello no es así si la persona no actúa en su calidad oficial antes que en su calidad privada ¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 5º; Informe de la CDI, *supra* nota 146, 92-95; D.J. HARRIS, *Cases and Materials on International Law* 501 (1998); CONDORELLI, *supra* nota 147, 61; CARON, *supra* nota 147, 131-135.

¹⁷¹ Schering Corporation and Iran, 5 Iran – USCTR 361, 370 (1984-1).

¹⁷² Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 5º.

¹⁷³ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 7º.

¹⁷⁴ Mallen, 4 UNRIAA.173, 175 (1927); Caire, 5 UNRIAA 516, 531 (1929); Union Bridge Company, 6 UNRIAA 138 (1924); Yeager and Iran, 17 Iran – USCTR 92, 110-111 (1987-IV); Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 7º; Informe de la CDI, *supra* nota 146, 91, 102; BROWNLIE, *supra* nota 147, 145-150; CARON, *supra* nota 147, 135-138; T. MERON, "International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials", 33 *Brit. Y.B. Int'l L.* 85, 105 (1957).

En este caso, la conducta ilícita de Thomas Good no fue llevada a cabo bajo el manto de autoridad gubernamental ¹⁷⁵ y tampoco estaba actuando con autoridad aparente ¹⁷⁶. Muy por el contrario, se reveló como un pirata al capitán del *Mairi Maru* antes de asumir por la fuerza el control del buque y de navegarlo hasta el punto de encuentro ¹⁷⁷, y la decisión del capitán de aceptar sus términos se basó en su conocimiento del hecho de que "los piratas de Raglan en general no lastimaban a sus víctimas" ¹⁷⁸, demostrando de este modo que el capitán era perfectamente consciente de que Thomas Good no estaba actuando en su calidad oficial, sino más bien en su calidad privada.

Claramente, la toma del *Mairi Maru* fue realizada por Thomas Good "bajo ninguna apariencia de procedimientos oficiales y sin ninguna conexión con sus deberes oficiales" ¹⁷⁹, y no es atribuible a Raglan incluso si pudiera argumentarse que Thomas Good utilizó los medios puestos a su disposición por el Estado para el ejercicio de su función ¹⁸⁰.

Por lo tanto, la conducta de Thomas Good —tan alejada del ámbito de sus funciones oficiales ¹⁸¹— no es atribuible a Raglan.

II) RAGLAN NO VIOLÓ NINGUNA OBLIGACIÓN DEBIDA A APPOLLONIA CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL AL HUNDIR *EL MAIRI MARU*

A) EL HUNDIMIENTO DEL *MAIRI MARU* POR EL REINO DE RAGLAN FUE CONFORME A LAS NORMAS APLICABLES DE DERECHO INTERNACIONAL

En alta mar, los buques que enarbolan el pabellón de un Estado están, en principio, sujetos a su jurisdicción exclusiva ¹⁸². No obstante, dicha jurisdicción exclusiva no es absoluta, sino que admite varias excepciones ¹⁸³, incluyendo el derecho de intervención de todos los Estados en alta mar en casos de accidentes marítimos, cuando sus costas o intereses conexos son amenazados de contaminación grave ¹⁸⁴. Al hundir el *Mairi Maru*, Raglan ejerció legítimamente tal derecho y, por lo tanto, no debe una indemnización a Appollonia.

¹⁷⁵ *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 27 Iran-USCTR 64, 92 (1991).

¹⁷⁶ Informe de la CDI, *supra* nota 146, art. 7º, párr. 8.

¹⁷⁷ *Compromis* #18.

¹⁷⁸ *Compromis* #17.

¹⁷⁹ Bensley, en John BASSET MOORE, *International Arbitrations* 3018 (1898); Informe de la CDI, *supra* nota 146, comentario art. 4º, 13, 91.

¹⁸⁰ Yeager and Iran, *supra* nota 174, 110-111.

¹⁸¹ Informe de la CDI, *supra* nota 146, comentario art. 7º, párr. 7, 102.

¹⁸² CHURCHILL & LOWE, *supra* nota 150, p. 169; O'CONNELL & SHEARER (ED.), *supra* nota 153, p. 800; REULAND, *supra* nota 153, p. 1164.

¹⁸³ CHURCHILL & LOWE, *supra* nota 150, p. 169.

¹⁸⁴ CHURCHILL & LOWE, *supra* nota 150, p. 173; F. ORREGO VICUÑA, "State Responsibility, Liability and Remedial Measures under International Law: New Criteria for Environmental Protection", en E. BROWN WEISS (ED.), *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions* 124, p. 145 (1992).

1) Raglan tenía derecho a hundir el *Mairi Maru* conforme al derecho internacional consuetudinario

Es un principio firmemente establecido en el derecho internacional consuetudinario que todo Estado goza del derecho de intervención en alta mar en casos de contaminación o amenaza de ella provenientes de accidentes marítimos ¹⁸⁵.

La existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario presupone la concurrencia de práctica de los Estados y de *opinio iuris* ¹⁸⁶, estando ambos elementos presentes respecto del derecho de todo Estado de intervención en alta mar.

La existencia de *opinio iuris* puede ser deducida de las resoluciones de la Asamblea General ¹⁸⁷, como ha sido reconocido por esta Corte ¹⁸⁸, y de los documentos de conferencias internacionales ¹⁸⁹, en los cuales los Estados reconocen la existencia del derecho de intervención conforme al derecho internacional consuetudinario. También constituyen prueba de la existencia de *opinio iuris* los tratados que reconocen expresamente la existencia de dicho derecho conforme al derecho internacional consuetudinario ¹⁹⁰. La práctica de los Estados incluye el efectivo ejercicio del derecho de intervención —como en el caso del *Torrey Canyon*, el *Amoco Cadiz*, el *Eleni V* y el *Argo Merchant*— ¹⁹¹, la codificación

¹⁸⁵ P.W. BIRNIE & A.E. BOYLE, *International law and the Environment* 379 (2002); CHURCHILL & LOWE, *supra* nota 150, p. 262; ACJ de Rouw, "Emergency Response to Maritime Pollution Incidents: Legal Aspects", en ALASTAIR COUPER & EDGAR GOLD (EDS.), *The Marine Environment and Sustainable Development: Law, Policy and Science* 325, p. 340 (1991); REULAND, *supra* nota 153, p. 1222; CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 221.

¹⁸⁶ *Ver supra* Sección I.A.1.

¹⁸⁷ Declaración de Principios que Rigen los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional, AGNU, December 17, 1970, 10 ILM 220 (1971).

¹⁸⁸ Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, 1996 CIJ 226 (Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996), p. 254-255; Actividades Militares y Paramilitares, *supra* nota 156, ps. 99-101.

¹⁸⁹ Principios Generales para la Evaluación y Control de la Contaminación Marina, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 1972, Principio 21, Informe de la Conferencia de Estocolmo, A/CONF.48/14/Rev.1, Anexo III, 73, p. 74.

¹⁹⁰ CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 221; Convención Internacional sobre Salvamento, 28 de abril de 1989, art. 9º, 20 *J. Mar. L. & Com.* 589 (1989).

¹⁹¹ *Ver* RAMANLAL SONI, *Control of Marine Pollution in International Law* 190 (1985); R.M. M'GONIGLE & M. ZACHER, *Pollution, Politics and International Law*, ps. 162-163; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, p. 380.

del derecho consuetudinario de intervención ¹⁹² y la amplia ratificación de los antedichos tratados ¹⁹³.

Por otro parte, el derecho de intervención en alta mar también se funda en el principio consuetudinario de derecho internacional de autoprotección, el cual concede jurisdicción a los Estados ribereños para intervenir más allá del mar territorial ¹⁹⁴.

2) Raglan ejerció debidamente su derecho de intervención en alta mar de acuerdo con las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional

Al hundir el *Mairi Maru* Raglan satisfizo todos los requisitos sustantivos y procedimentales necesarios para el ejercicio del derecho de intervención en alta mar.

En primer lugar, tal y como exige el derecho convencional y consuetudinario ¹⁹⁵, el hundimiento del *Mairi Maru* fue llevado a cabo a fin de eliminar un peligro grave e inminente para la costa e intereses conexos de Raglan, incluyendo tanto las actividades pesqueras como las atracciones turísticas de la región afectada ¹⁹⁶. Es evidente que Raglan actuó a fin de eliminar un peligro grave e inminente para su costa y zona económica exclusiva —el inevitable esparcimiento de una sustancia extremadamente contaminante como consecuencia de los vientos y las corrientes oceánicas—¹⁹⁷ y para mitigar el daño sufrido por sus industrias pesqueras y turísticas ¹⁹⁸.

¹⁹² Convención Internacional relativa a la Intervención en Alta Mar en Casos de Accidentes de Contaminación por Petróleo, 29 de noviembre de 1969, 9 ILM 25 (1970) [de aquí en adelante Convención de Intervención]; Protocolo relativa a la Intervención en Alta Mar en Casos de Contaminación Marina por Sustancias que no sean Petróleo, 2 de noviembre de 1973, TIAS 10561.

¹⁹³ Disponible en: http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=247; Disponible en: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_agreements.htm.

¹⁹⁴ A. KISS & D. SHELTON, *International Environmental Law* 552 (2004); J. KINDT, *Marine Pollution and the Law of the Sea* 1176 (1986); M'GONIGLE & ZACHER, *supra* nota 191, p. 148; I.A. Shearer, "Problems of Jurisdiction and Law Enforcement Against Delinquent Vessels", 35 *Int'l & Comp. L. Q.* 320, 337 (1986); C. EMANUELLI, "The Right of Intervention of Coastal States on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties", 25 *U. New Brunswick L. J.* 79, ps. 90-91 (1976).

¹⁹⁵ Convención de Intervención, *supra* nota 192, art. I(1); CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 221; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, p. 380; KINDT, *supra* nota 194, p. 1176; EMANUELLI, *supra* nota 194, p. 82.

¹⁹⁶ Convención de Intervención, *supra* nota 192, art. II(4); CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 221; KISS & SHELTON, *supra* nota 194, p. 552; SONI, *supra* nota 191, p. 189.

¹⁹⁷ *Compromis* #21; Aclaraciones #12, #13.

¹⁹⁸ *Compromis* #19, #20, #21; Aclaraciones #12, 13.

En segundo lugar, el hundimiento del buque *Mairi Maru* fue necesario y proporcional para eliminar tal peligro¹⁹⁹. En efecto, para determinar la proporcionalidad de las medidas adoptadas, deben ser tenidos en cuenta: a) el alcance y probabilidad de peligro inminente en caso de que no se adopten medidas; b) la probabilidad de que esas medidas sean efectivas; y c) el alcance de los daños que podrían ser ocasionados por las medidas²⁰⁰. El hundimiento del *Mairi Maru* puede ser considerado proporcional de acuerdo con tales requisitos, ya que las medidas adoptadas fueron efectivas para eliminar el mencionado peligro inminente e inevitable, y el alcance de los daños ocasionados, es decir la pérdida del *Mairi Maru*, no puede ser considerado excesivo si se lo compara con el peligro que la contaminación representaba para la costa e intereses conexos de Raglan y con el daño ya producido²⁰¹.

Finalmente, la extrema urgencia de la situación autorizaba a Raglan a tomar medida sin notificar o consultar previamente a los otros Estados interesados o a la OMI²⁰².

3) El hundimiento del *Mairi Maru* es acorde con la obligaciones del Reino de Raglan bajo la Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias

Appollonia no es un Estado parte en la Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias²⁰³, y por ende no podría alegar que Raglan ha violado una obligación debida a ella o que se encuentra impedido de justificar sus acciones como legales²⁰⁴. Asimismo, el ejercicio del derecho de intervención en alta mar no es incompatible con las disposiciones de la Convención de Londres.

El preámbulo de la Convención de Londres, el cual es relevante a los fines interpretativos²⁰⁵, expresamente evoca la resolución de la AG 2749 (XXV)²⁰⁶, que reconoce el derecho de intervención y establece que nada de lo dispuesto en esta última afectará tal derecho. Por otra parte, la CONVEMAR expresamente

¹⁹⁹ Convención de Intervención, *supra* nota 192, art. V (3); KINDT, *supra* nota 194, p. 1176; SONI, *supra* nota 191, p. 189 (1985).

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Compromis* #21, #34.

²⁰² Convención de Intervención, *supra* nota 192, art. III (d).

²⁰³ Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, 29 de diciembre de 1972, 26 UST 2403 [de aquí en adelante Convención de Londres]; *Compromis* #26, #35.

²⁰⁴ *Compromis* #26.

²⁰⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art. 31 (2), 1155 UNTS 331.

²⁰⁶ Declaración de Principios que Rigen los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional, *supra* nota 187, § 13(b).

indica que las obligaciones de los Estados con respecto a la contaminación por vertimiento no menoscabarán el derecho de los Estados de intervención en alta mar ²⁰⁷. Sin duda, la comunidad internacional considera que las obligaciones con respecto a la contaminación por vertimiento no pueden ser interpretadas como menoscabo del derecho de cada Estado de intervención en alta mar.

Como argumento alternativo, el hundimiento del *Mairi Maru* constituye una excepción válida a las obligaciones con respecto a la contaminación por vertimiento ²⁰⁸, porque fue llevado a cabo a fin de prevenir amenazas a la vida humana en la costa de Raglan y porque el daño resultante del vertimiento es menor al que de otro modo habría tenido lugar si Raglan no hubiera encapsulado el MOX ²⁰⁹.

B) COMO ARGUMENTO ALTERNATIVO, LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE FUE LLEVADO A CABO EL HUNDIMIENTO DEL *MAIRI MARU* EXCLUYEN LA ILICITUD DEL HECHO

En todo caso, las circunstancias en que fue llevado a cabo el hundimiento del buque *Mairi Maru* excluirían la ilicitud del hecho.

1) El hundimiento del *Mairi Maru* no constituye un hecho ilícito porque fue realizado bajo un "estado de necesidad"

Conforme al derecho internacional consuetudinario en materia de responsabilidad del Estado, un Estado puede invocar la "necesidad" como una circunstancia que excluye la ilicitud de su comportamiento ²¹⁰. Se ha sostenido reiteradamente que una invocación de necesidad es válida bajo circunstancias exactamente tales como las del presente caso ²¹¹. Para que una invocación de necesidad sea exitosa, es necesario que el comportamiento del Estado sea el único modo de salvaguardar uno de sus intereses esenciales contra un peligro grave e inminente, que dicho comportamiento no afecte gravemente un interés esencial de otro Estado o de la comunidad internacional en su conjunto y que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad ²¹².

²⁰⁷ CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 221.

²⁰⁸ Convención de Londres, *supra* nota 203, art. V (1).

²⁰⁹ Aclaraciones #2.

²¹⁰ Proyecto Gab_ıkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia), 1997 CIJ 7 (sentencia del 25 de septiembre de 1997), § 51; Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 25; Informe de la CDI, *supra* nota 146, ps. 68-74; M. SHAW, *International Law* 712 (2003); R. Boed, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", 3 *Yale Hum. Rts. & Dev. L. J.* 1, 12-18 (2000).

²¹¹ Informe de la CDI, *supra* nota 146, p. 199, § 9; SHAW, *supra* nota 210, p. 712; KINDT, *supra* nota 194, p. 1176; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, p. 379; A. BARDIN, "Coastal's State Jurisdiction over Foreign Vessels", 14 *Pace Int'l L. Rev.* 27, 62 (2002).

²¹² *Ibid.*

El hundimiento del *Mairi Maru* satisface todos estos requisitos. En primer lugar, era el único modo disponible de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente. La preservación ecológica de la totalidad o de parte del territorio de un Estado, o incluso de regiones que se encuentren más allá de la jurisdicción nacional de cualquier Estado ²¹³, puede constituir un interés esencial del mismo ²¹⁴. En el presente caso, Raglan actuó en salvaguardia tanto de la integridad ecológica de su costa y zona económica exclusiva, como la de alta mar. Por otra parte, la amenaza de daño por contaminación a la zona económica exclusiva de Raglan y a su costa presentaba, tal y como exige esta Corte para que se la considere inminente ²¹⁵, las características de “inmediata” y “próxima” ²¹⁶. Asimismo, Raglan tomó una serie de medidas en relación al derrame de MOX, pero el hundimiento del buque era la única que efectivamente salvaguardaría los intereses de dicho Estado ²¹⁷.

En segundo lugar, la violación del derecho de Appollonia de jurisdicción exclusiva sobre los buques que enarbolan su pabellón no puede ser considerada una afección grave a un interés esencial, ya que estuvo limitada a un buque determinado, en un solo caso y bajo circunstancias particulares. Tampoco se ha afectado gravemente un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto, pues Raglan tomó los recaudos necesarios para garantizar que no se produciría mayor daño ecológico como consecuencia del hundimiento ²¹⁸.

Finalmente, Raglan no puede ser considerado responsable internacionalmente por el ataque al *Mairi Maru* y su consiguiente encallamiento ²¹⁹, y por lo tanto, no es posible sostener que ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

2) El Estado de Appollonia no tiene derecho a reclamar una indemnización por el hundimiento del *Mairi Maru*

La invocación exitosa de una circunstancia que excluye la ilicitud ha de entenderse sin perjuicio de la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva ²²⁰. No obstante, corresponderá al Estado que invoca la circunstancia que excluye la ilicitud llegar a un acuerdo con los Estados afectados sobre la posibilidad y alcance de la indemnización a ser pagada en el caso concreto ²²¹. Por lo

²¹³ Ver “Russian Fur Seals”, Informe de la CDI, *supra* nota 146, p. 197, § 6.

²¹⁴ Proyecto Gab_íkovo-Nagymaros, *supra* nota 210, § 53; Informe de la CDI, AG, 32º Sesión, NU Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7, p. 14.

²¹⁵ Proyecto Gab_íkovo-Nagymaros, *supra* nota 210, § 54.

²¹⁶ *Compromis* #21, Aclaraciones #12, #13.

²¹⁷ *Compromis* #24; Aclaraciones #2, #12.

²¹⁸ Aclaraciones #2.

²¹⁹ Ver *supra* Sección I.

²²⁰ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 27(b).

²²¹ Informe de la CDI, *supra* nota 146, comentario al art. 27(b), § 6, 211.

tanto, no corresponde a esta Corte decidir si Raglan debe pagar una indemnización, sino que la cuestión debería quedar sometida a negociación entre los Estados interesados.

III) APPOLLONIA VIOLÓ EL DERECHO INTERNACIONAL AL TRANSPORTAR MOX A TRAVÉS DE LAS AGUAS ARCHIPELÁGICAS DE RAGLAN, POR NO HABER NOTIFICADO PREVIAMENTE A DICHO ESTADO NI OBTENIDO SU CONSENTIMIENTO

A) APPOLLONIA ESTABA OBLIGADA A NOTIFICAR A RAGLAN EN DEBIDO TIEMPO, RESPECTO DE SU EMBARQUE DE MOX, Y A OBTENER EL CONSENTIMIENTO PARA ELLO DE TAL ESTADO

Conforme al derecho internacional consuetudinario, todos los Estados tienen la obligación de prevenir los daños transfronterizos, esto es, la responsabilidad de asegurar que las actividades desarrolladas en su jurisdicción, o bajo su control, no causen daño al medioambiente de otros Estados o al medioambiente de áreas situadas más allá de su jurisdicción ²²². Al mismo tiempo, los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el ambiente marino ²²³. Estas obligaciones son también aplicables al transporte oceánico de materiales nucleares ²²⁴.

Tanto la obligación de prevenir daños al medioambiente de otros Estados, y la obligación de proteger y preservar el ambiente marino incluyen el deber de proporcionar una notificación oportuna a los Estados potencialmente afectados por el riesgo transfronterizo que las actividades conlleven ²²⁵, así como el deber de obtener el consentimiento previo de tales Estados para las mentadas actividades ²²⁶. Estas obligaciones instrumentales representan el estándar de la debida

²²² Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972, Principio 21, 11 ILM 1416 (1972) [de aquí en adelante, Declaración de Estocolmo]; Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992, Principio 2, 31 ILM 874 (1992) [de aquí en adelante, Declaración de Río]; Trail Smelter (US v. Canada), 3 RIAA 1905 (1941), 1965; Caso del Canal de Corfú, *supra* nota 164, 22; Legalidad del Uso o Amenaza del Uso de Armas Nucleares, *supra* nota 188, 241-2, párr. 29; Gab_íkovo-Nagymaros, *supra* nota 210, 40; CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 194(2).

²²³ Declaración de Estocolmo, *supra* nota 222, Principle 7; High Seas Convention, *supra* nota 150, arts. 24, 25; CONVEMAR, *supra* nota 150, art. 192; KISS & SHELTON, *supra* nota 194, 500-2; X. HANQIN, *Transboundary Damage in International Law* 239 (2003); B. SMITH, *State Responsibility and the Marine Environment* 90 (1988).

²²⁴ J. VAN DYKE, "Sea Shipment of Japanese Plutonium under International Law", 24 *Ocean Development and International Law* 399, 400 (1993).

²²⁵ *Proyecto sobre Prevención de Daño Transfronterizo por Actividades Peligrosas*, extracto del Informe de la CDI sobre los trabajos de la 53^o Sesión, Registros Oficiales de la Asamblea General, 53^o Sesión, Suplemento No. 10 (A/56/10), chp. V.E.1., comentario art. 8^o, párr. 2 [de aquí en adelante, Proyecto sobre Prevención].

²²⁶ KISS & SHELTON, *supra* nota 194, 200; ORREGO VICUÑA, *supra* nota 184, 132, 137, 151.

diligencia requerida, conforme al cual se examinarán las conductas de los Estados bajo cuya jurisdicción o control las actividades se planifican y/o realizan ²²⁷.

El transporte de MOX efectuado por buques de pabellón de Appollonia no se adecuó a las referidas obligaciones de notificación previa y obtención de consentimiento. En consecuencia, siendo Appollonia responsable por este acto internacionalmente ilícito, debe cesar en su actuar ²²⁸, vale decir, debe suspender los transportes que se realicen sin proveer notificación ni obtener consentimiento.

1) Appollonia estaba obligada a proveer una notificación oportuna a Raglan

La obligación de notificar a los Estados potencialmente afectados en casos de riesgos transfronterizos es un principio fundamental del derecho ambiental ²²⁹, férreamente sostenido por la doctrina ²³⁰ y reconocido en decisiones judiciales y arbitrales ²³¹.

En particular, las embarcaciones que transportan materiales radioactivos tienen el deber, conforme al derecho internacional consuetudinario, de notificar a los Estados ribereños a través de cuyas aguas tales embarcaciones planean atravesar. Una gran cantidad de instrumentos internacionales ²³² así como también las declaraciones hechas por los Estados al ratificar la CONVEMAR requiriendo previa notificación ²³³ testimonian la existencia de *opinio iuris*, la que, sumada a

²²⁷ Proyecto sobre Prevención, *supra* nota 225, art. 2º(d); P. N. OKOWA, "Procedural Obligations in International Environmental Agreements", 67 *Brit. Y. B. Int'l* 275, 332-3 (1996).

²²⁸ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 30(a); Haya de la Torre (Col. v. Perú), 1951 ICJ 71 (sentencia del 13 de junio de 1951), 82.

²²⁹ Cooperación entre los Estados en el medioambiente, res. AG 2995 (XXVII), UN GAOR, 27th Sess., Agenda item 47, párr. 2, UN Doc. A/8901 (1972); Declaración de Río, *supra* nota 222, Principio 19; Proyecto sobre Prevención, *supra* nota 225, art. 8º.

²³⁰ F. L. KIRGIS, *Prior Consultation in International Law. A Study of State Practice* 360-1 (1983); ORREGO VICUÑA, *supra* nota 184, 137; L. PINESCHI, "The Transit of Ships Carrying Hazardous Wastes through Foreign Coastal Zones", en F. FRANCONI & T. SCOVAZZI (EDS.), *International Responsibility for Environmental Harm* 299, 314; F. FRANCONI, "International cooperation for the Protection of the Environment: The Procedural Dimension", en W. LANG, H. NEUHOLD, K. ZEMANEK (EDS.), *Environmental Protection and International Law* 203, 205-9 (1991).

²³¹ Canal de Corfú, *supra* nota 164, 22; cfr. Arbitraje del Lago Lanoux (Francia v. España), 12 RIAA 281 (1957).

²³² Código de Prácticas de Movimientos Transfronterizos Internacionales de Desechos Radioactivos, Sección III.5, 30 ILM 560, 563 (1991); OECD Decisión del Consejo C (83)180 (Final) del 1 de febrero de 1984, Principio 1, OECD AND THE ENVIRONMENT 78 (1986); EEC Directiva del Consejo No. 84/631 del 6 de diciembre de 1984, arts. 3º, 4º, Código para la Seguridad del Transporte de Combustible Nuclear Irradiado, Plutonio y Desechos de Alta Actividad en Cofres a Bordo de los Buques del 4 de noviembre de 1993, Resolución de la Asamblea del OMI A.748(18) [de aquí en adelante Código CNI].

²³³ Egipto, Omán, Bangladesh, Malta, Arabia Saudita, Malasia, Yemen disponible en http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm.

la consistente y uniforme práctica de los Estados como se evidencia a través de un sinnúmero de firmas, ratificaciones y adhesiones a convenciones ²³⁴, a los Estados que requieren notificación previa al paso de embarques con sustancias peligrosas a través de sus aguas ²³⁵, y a los Estados que efectivamente proveen tal notificación ²³⁶, confirman la emergencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que exige la notificación previa en caso de transportes de material radioactivo.

En el presente caso, Raglan estaba potencialmente afectado por tal actividad dado que era el Estado de paso; consecuentemente, tenía el derecho a ser notificado. El control que ejercía Appollonia sobre tales embarques constituye el factor de atribución de responsabilidad, respecto a la obligación de asegurar que tal actividad no afectare a otros Estados ²³⁷, debiendo notificar a Raglan en debido tiempo. Appollonia no logró cumplir con esta obligación. El hecho de que Appollonia haya notificado al OIEA no es suficiente a los efectos de considerar el cumplimiento de la misma, dado que la notificación al organismo internacional no puede satisfacer el requisito de que todos los Estados de paso sean notificados.

2) Appollonia debía obtener el previo consentimiento de Raglan

Más aún, el derecho internacional consuetudinario pone en cabeza de los Estados la obligación de obtener el consentimiento previo respecto a los

²³⁴ Convención de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 marzo de 1989, arts. 6º, 7º, 9º, 11 ILM 1294 (1972); Convención de Bamako sobre la Prohibición de la Importación a África, la Fiscalización de los Movimientos Transfronterizos y la Gestión dentro de África de Desechos Peligrosos, 29 de enero de 1991, 30 ILM 773, arts. 6º, 7º, 9º, 30 ILM 773 (1991); Convención de Waigani de Prohibición de Importación a los Países Insulares del Foro de Desechos Peligrosos dentro de la Región del Pacífico Meridional, 16 de septiembre de 1995, arts. 6º, 9º, disponible en http://www.ban.org/Library/waigani_treaty.html; Protocolo de Izmir sobre la Prevención de Contaminación del Mar Mediterráneo por Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, 1 de octubre de 1996, art. 6, UN Doc. UNEP(OCA)/MED/IG.9/4 Annexes (1996).

²³⁵ Cfr. K. Hakapää & E. Jaap Molenaar, "Innocent Passage. Past and Present", 23 *Marine Policy* 131, at 142 (1999); J. VAN DYKE, "The Legal Regime Governing Sea Transport of Ultrahazardous Radioactive Materials", 33 *Ocean Dev. & Int'l Law* 77, 86 (2002); I. RUMMEL-BULSKA, "The Basel Convention and the UN Convention on the Law of the Sea", en H. RINGBOM, *Competing Norms in the Law of Marine Environmental Protection. Focus on Ship Safety and Pollution Prevention* 83, 99-101 (1997).

²³⁶ VAN DYKE, *supra* nota 235, 85.

²³⁷ Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia (África Suroccidental) sin perjuicio de la Resolución 276 del Consejo de Seguridad (Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971), 54, párr. 118; Proyecto sobre Prevención, *supra* nota 225, Comentario art. 1º, párr. 10.

movimientos transfronterizos de sustancias nucleares a través de los Estados de paso ²³⁸.

Ambos elementos de la costumbre internacional se verifican en este sentido. La existencia de *opinio iuris* se evidencia en las declaraciones efectuadas a tal efecto por numerosos Estados al ratificar la CONVEMAR ²³⁹, y en documentos de organizaciones internacionales ²⁴⁰. La práctica de los Estados incluye la oposición al paso de buques transportando sustancias nucleares a través de sus aguas ²⁴¹, la prohibición total del paso de los mismos a través de sus zonas costeras ²⁴² y un sinnúmero de firmas y ratificaciones de tratados relevantes en la materia ²⁴³.

Appollonia no cumplió con ninguna de estas obligaciones dado que no intentó siquiera obtener el consentimiento de Raglan para transportar materiales radioactivos a través de sus aguas archipelágicas.

B) APPOLLONIA NO ESTABA EXCEPTUADA DE NOTIFICAR A RAGLAN DEL PASO DEL MAIRI MARU, NI DE OBTENER SU CONSENTIMIENTO PREVIAMENTE

1) Appollonia no podía alegar razones de seguridad para ser eximido de la obligación de notificar a Raglan del paso o de obtener su previo consentimiento para ello

Conforme al derecho internacional, las excepciones a las reglas mencionadas se limitan a casos de secretos de Estado en relación a actividades militares ²⁴⁴, a información confidencial de índole industrial o comercial, o bien a la seguridad del Estado actuante ²⁴⁵. El transporte de MOX por medio de buques del pabellón de Appollonia no se subsume a ninguna de estas específicas excepciones y, por tanto, Appollonia no estaba exento de proveer la debida notificación ni de obtener consentimiento.

²³⁸ BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 432; Okowa, *supra* nota 227, 302.

²³⁹ Egipto, Omán, Bangladesh, Malta, Arabia Saudita, Malasia, Yemen, disponible en http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm.

²⁴⁰ Código de Prácticas de Movimientos Transfronterizos Internacionales de Desechos Radioactivos, *supra* nota 232, 563; Código CNI, *supra* nota 232.

²⁴¹ VAN DYKE, *supra* nota 235, 79-80; HAKAPÄÄ & MOLENAAR, *supra* nota 235, 142; RUMMEL-BULSKA, *supra* nota 235, 99-101.

²⁴² "Nota Verbal" del 18 de febrero de 1988 del Ministro del Interior, Descentralización de las Fuerzas Policiales Generales y Servicio Civil de Haití, comunicado a las Naciones Unidas por carta de fecha 29 de febrero de 1988, *Law of the Sea Bulletin* nro. 11, 13 (1988); cfr. Costa de Marfil, Ley sobre Desechos Tóxicos y Nucleares, Ley No. 88-651 del 7 de julio de 1988, art. 1º, 28 ILM 391 (1989); HAKAPÄÄ & MOLENAAR, *supra* nota 235, 142.

²⁴³ Convención de Basilea, *supra* nota 234, arts. 6º, 7º, 9º; Convención de Bamako, *supra* nota 234, arts. 6º, 7º, 9º; Convención de Waigani, *supra* nota 234, arts. 6º, 9º; Protocolo de Izmir, *supra* nota 234, art. 6º.

²⁴⁴ L. PINESCHI, *supra* nota 230, 315.

²⁴⁵ F. FRANCONI, *supra* nota 230, 209, 219.

2) Raglan no prestó su aquiescencia a los transportes de Appollonia de MOX a través de sus aguas archipelágicas

Para que la defensa de aquiescencia sea procedente, un Estado debe probar que el otro Estado tenía conocimiento de su derecho a formular un reclamo ²⁴⁶. Sólo si la falta de oposición, por parte de Raglan, al transporte de MOX se basara en su efectivo conocimiento de la carga, puede entonces hablarse de aquiescencia ²⁴⁷. En el caso de marras, Raglan no tenía cabal conocimiento de que el MOX era transportado a través de sus aguas archipelágicas ²⁴⁸, debido, precisamente, a la falta de notificación ²⁴⁹. Por tanto, la omisión de protesta por parte de Raglan no puede constituir un supuesto de aquiescencia.

IV) APPOLLONIA ES RESPONSABLE POR EL DAÑO A LOS BANCOS DE ARENA Y LAS AGUAS CIRCUNDANTES COMO RESULTADO DE SU TRANSPORTE ILEGAL DE MOX Y, POR TANTO, DEBE COMPENSAR A RAGLAN TANTO POR LAS RESULTANTES PÉRDIDAS PADECIDAS POR LAS INDUSTRIAS PESQUERAS Y TURÍSTICAS, ASÍ COMO TAMBIÉN POR LOS COSTOS DE DECONTAMINACIÓN DEL ÁREA

A) RAGLAN ESTÁ LEGITIMADO PARA INTERPONER UNA ACCIÓN EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS NACIONALES

Raglan debidamente interpone una reclamación en nombre sus industrias pesqueras y turísticas. Es un sólido principio del derecho internacional que todos los Estados se hallan investidos del derecho a ejercer la protección diplomática de sus nacionales, en tanto se verifiquen dos requisitos: 1) vínculo de nacionalidad y 2) agotamiento de los recursos internos ²⁵⁰.

En este caso, el requisito de nacionalidad se verifica dado que los sujetos lesionados son compañías privadas constituidas en Raglan ²⁵¹. En lo que concierne

²⁴⁶ R. Higgins, "Fundamentals of International Law", en JASENTULIYANA & NANDASIRI (EDS.), *Perspectives on International Law* 3, 28 (1995); MACGIBBON, "The Scope of Acquiescence in International Law", *31 Brit. Y. B. Int'l L.* 143, 173 (1954).

²⁴⁷ Cfr. P. N. OKOWA, *supra* nota 227, 297-9.

²⁴⁸ *Compromis* # 22.

²⁴⁹ *Compromis* # 9.

²⁵⁰ *Concesiones Palestinas en Mavrommatis*, sentencia No. 2, 1924, CPJI, Serie A, No.2, 12; *Barcelona Traction Light and Power Company*, Segunda Fase, 1970 CIJ 3 (sentencia del 5 de febrero de 1970), p. 44; *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 CIJ 4 (sentencia del 6 de abril de 1955), p. 20; *Interhandel (Suiza v. EE.UU.)*, 1959 CIJ 6 (sentencia del 21 de marzo de 1959), p. 27; *Electronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos v. Italia)*, 1989 ICJ 15 (sentencia del 20 de julio de 1989), 42.

²⁵¹ *Compromis*, #22, Aclaraciones # 6.

al requisito de agotar los recursos internos, este no se aplica en los casos relativos a contaminación transfronteriza ²⁵², como el presente ²⁵³. Por tanto, conforme al derecho internacional consuetudinario, los nacionales de Raglan estaban eximidos de tal requerimiento.

B) AL SER RAGLAN UN ESTADO LESIONADO, TIENE DERECHO A INVOCAR LA RESPONSABILIDAD DE APPOLLONIA, Y RECLAMAR LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL PERJUICIO CAUSADO POR EL TRANSPORTE ILEGAL DE MOX

Conforme las normas consuetudinarias atinentes a la responsabilidad internacional del Estado, todo Estado lesionado tendrá derecho a invocar responsabilidad por un acto internacionalmente ilícito, y a reclamar la reparación íntegra del perjuicio causado por tales violaciones ²⁵⁴. En el presente caso, Raglan es un Estado lesionado dado que una de las obligaciones violadas por Appollonia le era debida individualmente ²⁵⁵; y la otra obligación, de carácter *erga omnes*, afectó especialmente a Raglan ²⁵⁶.

1) Raglan tiene derecho a invocar la responsabilidad de Appollonia por el incumplimiento de las obligaciones de notificar y obtener consentimiento

Como se ha explicado *supra* ²⁵⁷, Appollonia incumplió sus obligaciones de notificar y obtener consentimiento para el paso del buque a través de Raglan. Tales obligaciones le eran individualmente debidas a Raglan como Estado de paso ²⁵⁸, y por tanto Raglan tiene derecho, como Estado lesionado, a invocar la responsabilidad de Appollonia.

²⁵² BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 198; cfr. A. KISS, *Droit International de l'Environnement*, 112-114 (1989).

²⁵³ Véase *infra* Sección III.

²⁵⁴ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 42; Proyecto Gab_ıkovo-Nagymaros, *supra* nota 210, 81; SHAW, *supra* nota 210, 713, 715.

²⁵⁵ Res 56/83, *supra* nota 148, art. 42 (a); Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario, art. 42, para. 6; Reparación por los Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, [1949] ICJ Reports 149, at 181-2; X. HANQIN, *supra* nota 223, 236 (2003); SHAW, *supra* nota 210, 713.

²⁵⁶ Res 56/83, *supra* nota 148, art. 42(b)(i); Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 42, párr. 12.

²⁵⁷ Véase *supra* Sección III.

²⁵⁸ P. N. OKOWA, *supra* nota 227, 275, 290; cfr. SMITH, *supra* nota 223, 97-249; KISS & SHELTON, *supra* nota 194, 507.

2) Además, Raglan ha sido especialmente afectado por la violación, por parte de Appollonia, de la obligación *erga omnes* de proteger y preservar el medioambiente marino

Para invocar responsabilidad en los casos de violaciones de obligaciones *erga omnes*, la costumbre internacional requiere que el Estado invocante sea especialmente afectado por dicha violación ²⁵⁹.

El deber consuetudinario de proteger y preservar el medioambiente marino reviste carácter *erga omnes* ²⁶⁰. Para satisfacer tal deber, un Estado debe actuar con la debida diligencia requerida para minimizar el riesgo de causar daño ²⁶¹, y debe conformar su actuar a ciertas obligaciones conexas, a saber: notificación, consulta y negociación con Estados potencialmente afectados ²⁶², realización de estudios de impacto ambiental ²⁶³, monitoreo de las actividades y el desarrollo de planes de emergencia ²⁶⁴.

Claramente, estas obligaciones devienen aplicables al transporte de materiales radioactivos, y recaen sobre el Estado del pabellón, sin perjuicio de que el dueño u operador del buque sea el Estado mismo, o un particular ²⁶⁵. De tal modo, la violación de estas obligaciones conexas, relativas al transporte del MOX por el *Mairi Maru*, es atribuible directamente a Appollonia, dado que es sobre quien pesan las mismas, independientemente del carácter público o privado del dueño del buque.

²⁵⁹ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 42(b)(i); Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 42, párr. 12.

²⁶⁰ Proyecto Gab_ıkovo-Nagymaros, *supra* nota 210, 40, párr. 53; HANQIN, *supra* nota 223, 246; M. RAGAZZI, *The Concept of Obligations Erga Omnes*, 156 (1997); J. BRUNÉE, "Structures and Processes of International Environmental Law", en M.H. NORDQUIST ET ALIA (EDS.), *The Stockholm Declaration and Law of the Marine Environment* 67, 74 (2003); ORREGO VICUÑA, *supra* nota 184, 146.

²⁶¹ SMITH, *supra* nota 223, 82; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 127, 133; OKOWA, *supra* nota 227, 277-336 (1996).

²⁶² KISS & SHELTON, *supra* nota 194, 507; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 105, 378-407; OKOWA, *supra* nota 227, 277.

²⁶³ Proyecto sobre Prevención, *supra* nota 225, art. 7; Ensayos Nucleares, 1974 ICJ 253, 344 (Opinión disidente del juez Weeramantry), cfr. N. ROBINSON, "International Trends in Environmental Impact Assessment", *19 Boston Coll. Env. Aff. L.R.*, 591 (1992), UNECE Convención sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en Contextos Transfronterizos, (Espoo1991), disponible en <http://www.unece.org/env/eia/eia.htm#Text>.

²⁶⁴ CONVEMAR, *supra* nota 150, artículos 194(3)(b), 199; Convención Internacional sobre Preparación, Respuesta y Cooperación en Casos de Contaminación por Petróleo, 30 de enero de 1990, arts. 4º, 5º, 1891 UNTS 77.

²⁶⁵ Proyecto sobre Prevención, *supra* nota 225, Comentario art. 8º, párr. 2; SMITH, *supra* nota 223, 154; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 182; G. Handl, "State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons", *74 AM. J. INT'L L.* 525, at 529 (1980).

Asimismo, dado que Appollonia es un Estado desarrollado ²⁶⁶ y que está llevando a cabo una actividad extremadamente peligrosa, su conducta está sujeta a un grado mayor de cuidado ²⁶⁷.

En el caso de marras, Appollonia ha actuado claramente sin la debida diligencia requerida por la obligación. En primer lugar, el mismo OIEA afirmó que el MOX estaba siendo transportado sin las debidas salvaguardas ²⁶⁸. En segundo lugar, Appollonia no proveyó medidas de seguridad a dicho transporte ²⁶⁹. Por último, Appollonia no produjo ningún estudio de impacto ambiental, ni desarrolló plan de emergencia alguno. Resulta palmario entonces que Appollonia ha violado una obligación *erga omnes*.

Dicha violación ha afectado especialmente a Raglan. Para que un Estado sea considerado especialmente afectado, el acto internacionalmente ilícito debe tener un efecto particularmente perjudicial sobre él, es decir que tal Estado debe haber sido afectado de un modo que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales exista la obligación ²⁷⁰.

Sin perjuicio de que la ya referida violación por parte de Appollonia haya redundado en la contaminación del alta mar, Raglan ha sido especialmente afectado de un modo previsto específicamente por la CDI al definir la categoría de los Estados especialmente afectados ²⁷¹.

La contaminación en alta mar impidió que las industrias turísticas y pesqueras de Reglan desarrollaran sus actividades, resultando ello en pérdidas económicas. Si bien los Estados, y por implicancia sus nacionales, no tienen derechos exclusivos en alta mar ²⁷², cada Estado tiene un derecho general de uso y goce del mar y sus recursos ²⁷³. En el presente caso, las únicas que ejercían estas libertades de alta mar en el área dañada eran compañías de nacionalidad

²⁶⁶ *Compromis*, # 1.

²⁶⁷ Proyecto sobre Prevención, *supra* nota 225, Comentario art. 3º, párr. 11, 17; SMITH, *supra* nota 223, 253; cfr. BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 115; W. Jenks, *Liability for Ultrahazardous Activities in International Law*, 117 RCADI 99, 195 (1966); G. HANDL, "International Liability of States for Marine Pollution", 21 *Can. Yb. Int'l L.* 85, 101 (1983); J. Kelson, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity", 13 *Harv. J. Int'l L.* 197, 242 (1972).

²⁶⁸ *Compromis* # 9.

²⁶⁹ *Compromis* #10.

²⁷⁰ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 42(b)(i), Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 42, párr. 12; HANQIN, *supra* nota 223, 245 (2003); Linos-Alexander SICILIANOS, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", 13 *Eur. J. Int'l L.* 1127, 1139 (2002).

²⁷¹ Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 42, párr. 12; SMITH, *supra* nota 223, 97; cfr. BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 196.

²⁷² Convención sobre Alta Mar, *supra* nota 150, asrt. 2º; CONVEMAR *supra* nota 150, art. 86.

²⁷³ SMITH, *supra* nota 223, 97-98.

de Raglan ²⁷⁴. Por lo tanto, la contaminación afectó especialmente a Raglan, por más que ésta haya podido menoscabar el derecho de todos los Estados de gozar de estas libertades de alta mar en tal área, toda vez que Raglan era el único Estado que había emprendido, hasta el momento, actividades en el área dañada, y el único que ha padecido perjuicio económico, lo cual distingue a Raglan de la generalidad de los Estados.

C) LOS REQUISITOS PARA SOLICITAR INDEMNIZACIÓN COMO FORMA DE REPARACIÓN ESTÁN PRESENTES EN ESTE CASO

Conforme al derecho internacional, "un Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito por el daño causado por ese hecho" ²⁷⁵. Las dos condiciones requeridas para obtener indemnización se verifican en el presente caso, a saber: que el daño sea susceptible de evaluación financiera y que exista un nexo de causalidad entre el acto internacionalmente ilícito y el daño ²⁷⁶. En consecuencia, Raglan tiene derecho a obtener compensación de Appollonia.

1) Raglan ha sufrido daño susceptible de apreciación económica

La indemnización tiene por función remediar las pérdidas efectivas sufridas como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito, para asegurar una reparación integral ²⁷⁷. En este caso, tales pérdidas, susceptibles de apreciación económica, engloban tanto el daño sufrido por las compañías privadas de Raglan como el daño directo infligido a Raglan en virtud de los costos de decontaminación incurridos.

a) El derecho internacional exige que Appollonia indemnice a Raglan por el daño resultante a sus industrias turísticas y pesqueras

En el presente caso, el daño sufrido por las compañías de Raglan consiste en pérdidas económicas derivadas de la imposibilidad de llevar a cabo sus actividades normales durante los subsiguientes cinco años ²⁷⁸, por las que hubieran obtenido previsibles y esperados ingresos. El hecho de que Raglan no tenga derechos exclusivos sobre los recursos naturales en alta mar no es óbice para que

²⁷⁴ *Compromis* #2, Aclaraciones #6

²⁷⁵ Proyecto Gab_ıkovo-Nagymaros, *supra* nota 210, 81.

²⁷⁶ Res 56/83, *supra* nota 148, arts. 31, 36; Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario Artículo 31, párr. 9-10 & Comentario art. 36, párr. 5.

²⁷⁷ Fábrica en Chorzow, Jurisdicción, 1927 PCIJ, Serie A, No. 9, 21, 47-8, Arbitraje del caso Lusitania, 7 UNRIAA32, 39 (1923); M/V Saiga (San Vicente y Granadinas v. Guinea), Tribunal Internacional Derecho del Mar, decisión del 1 de julio de 1999, para. 170; Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 36, párr. 4.

²⁷⁸ *Compromis*, #34.

se determine que tales compañías, en efecto, han sufrido daño susceptible de apreciación económica, por ser imposible la continuación de la explotación de los mismos establecida desde larga data ²⁷⁹.

Este daño susceptible de apreciación económica sufrido por las compañías de Raglan constituye un lucro cesante que, en tanto se compruebe la existencia de evidencia irrefutable de su continua y prevista rentabilidad, es plenamente pasible de ser resarcido conforme al derecho internacional ²⁸⁰. En el presente caso, las compañías de Raglan habrían claramente obtenido dichas ganancias de haberse verificado el curso normal de los acontecimientos, es decir, si tal acto ilícito no hubiera existido. Por ello, no puede sino concluirse que Appollonia está obligada a indemnizar a Raglan por el daño resultante a sus industrias turísticas y pesqueras ²⁸¹.

b) El derecho internacional exige que Appollonia indemnice a Raglan por el costo de decontaminación de los bancos de arena y aguas circundantes

En caso de daño actual o potencial al medioambiente, los Estados tienen derecho a obtener indemnización del Estado que contamine, ello en virtud del principio "el que contamina paga" ²⁸², por los gastos en los que razonablemente incurrió a los efectos de prevenir y/o remediar la contaminación causada ²⁸³. Raglan ha llevado a cabo, en los Norton Shallows, únicamente las actividades de decontaminación que eran estrictamente necesarias para prevenir el daño inminente a su ZEE e islas inhabitadas ²⁸⁴ que pudiera resultar por la acción de la unicidad e interconexión de las aguas de los océanos, y también, para permitir que las industrias de Raglan continúen con sus actividades normales en el área. En consecuencia, Appollonia debe compensar a Raglan por tales gastos.

²⁷⁹ SMITH, *supra* nota 223, 99; Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States (1987), § 602, Comentario a.

²⁸⁰ The Cape Horn Pigeon (Estados Unidos v. Rusia), 1 UNRIAA 63 (1902), USFR (1902), Apéndice I, 467, 470-1; Sappire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company, 35 ILR 136, 187 (1963), Fábrica en Chorzów, *supra* nota 277, 47-48; Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones "E3", de 17 de diciembre de 1998, S/AC.26/1998/13, párr. 147.

²⁸¹ Cfr. HANQIN, *supra* nota 223, 245.

²⁸² HANQIN, *supra* nota 223, 251; KISS & SHELTON, *supra* nota 194, 226.

²⁸³ Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 36, §§ 8, 13, 14, 15; Canadá, reclamo contra la URSS por daños causados por el Cosmos 954, 23 de enero de 1979, 18 ILM 899, 905 (1979); Res. 687 del Consejo de Seguridad (1991), párr. 16; Criterios para Categorías Adicionales de Reclamos, Decisión 7 del Consejo de Gobierno de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, 17 de marzo de 1992, S/AC 26/1991/7/Rev.1.; BIRNIE & BOYLE, *supra* nota 185, 192 (2002).

²⁸⁴ SMITH, *supra* nota 223, 72-76; RAGAZZI, *supra* nota 260, 157; I. BROWNLIE, *A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection*, en L. TECLAFF & A. UTTON (EDS.) *International Environmental*, 1, 4-5.

2) El daño fue causado por el hecho internacionalmente ilícito de Appollonia

Tal como lo impone el derecho internacional, los daños sufridos son una consecuencia directa y próxima ²⁸⁵ de las violaciones, por parte de Appollonia, de las premencionadas obligaciones. En efecto, el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito fue, tal como se requiere ²⁸⁶, infligido dentro de lo que se considera como el ámbito y alcance de la norma que ha sido incumplida. En tal sentido, el propósito de las obligaciones violadas es la prevención del daño al medioambiente, especialmente la prevención de aquellos daños que pueden derivar de la acción de eventos fortuitos o fenómenos naturales ²⁸⁷. Por tanto, si se omiten medidas preventivas, y ocurre un accidente, el Estado de pabellón puede resultar responsable y por ende obligado a pagar compensación por los daños causados al Estado costero ²⁸⁸, aun si, luego de la omisión de proveer notificación, interviene un particular u ocurre un fenómeno natural ²⁸⁹. Por ende, ni los actos de Thomas Good, que no son atribuibles a Raglan, ni la tormenta que ha virado el curso del *The Mairi Maru*, pueden ser considerados como que han afectado la cadena de causalidad entre el hecho internacionalmente ilícito de Appollonia y los daños sufridos. En consecuencia, Appollonia continúa siendo responsable y obligada a pagar compensación por ellos.

D) AUN EN EL SUPUESTO DE QUE LA CORTE DETERMINARA QUE EL TRANSPORTE DE APPOLLONIA DE MOX ES LÍCITO, DICHO ESTADO AÚN SE ENCUENTRA OBLIGADO A PAGAR COMPENSACIÓN A RAGLAN POR LOS DAÑOS SUFRIDOS, DE CONFORMIDAD AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS NO PROHIBIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Aun si esta Corte considerara que Appollonia no incumplió ninguna de sus obligaciones internacionales relacionadas al transporte de MOX, todavía debería pagar compensación de acuerdo al régimen de responsabilidad por actividades no prohibidas en el derecho internacional por los daños ocasionados a los bancos

²⁸⁵ Res 56/83, *supra* nota 148, art. 31; I. BROWNLIE, *supra* nota 147, 224-225; M. STRAUS, "Causation as an Element of State Responsibility", *16 Law and Policy in International Business* 893, 922 (1984). Ver en general, J. S. BOREK, "Other State Responsibility Issues", en LILLICH & MAGRAW, *supra* nota 147.

²⁸⁶ Res. 56/83, *supra* nota 148, art. 31; Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art., párr. 10; véase República Islámica de Irán v. Estados Unidos (Casos A15(IV) and A24), 32 Iran-USCTR, ¶15.

²⁸⁷ P.N. OKÓWA, *supra* nota 227, 277.

²⁸⁸ T. SCOVAZZI, *The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges*, 286 RCADI 39, 160 (2000).

²⁸⁹ Informe de la CDI, *supra* nota 146, Comentario art. 31, § 12.

de arena y aguas circundantes, debido a la naturaleza ultrapeligrosa del cargamento del *Mairi Maru* ²⁹⁰.

Se halla claramente establecido en el derecho internacional que debe pagarse compensación por la simple verificación de un nexo de causalidad entre las actividades y el daño causado, por cuanto dichas actividades, si bien no son prohibidas por el derecho internacional, presentan un elevado riesgo ²⁹¹.

Dicha regla se evidencia en los numerosos casos en los que se ha prometido o pagado compensación sin consideración de un hecho ilícito ²⁹², y también por la cantidad de decisiones de tribunales internacionales que aplican un estándar de responsabilidad objetiva ²⁹³. Reconocidos publicistas también han refrendado la existencia de un régimen de responsabilidad estricto u objetivo por las consecuencias de conductas ultrapeligrosas ²⁹⁴. Consecuentemente, Appollonia debe compensar el daño ocasionado a los bancos de arena y aguas circundantes de conformidad al régimen de responsabilidad objetiva, aun si sus actos fuesen estimados como lícitos.

V) PETITORIO

En virtud de lo expuesto, sírvase la Corte juzgar y declarar:

- I. Que Raglan no es responsable por el ataque al *Mairi Maru* y no debe compensación alguna a Appollonia por los daños resultantes del mismo;
- II. Que Raglan no violó ninguna obligación debida a Appollonia conforme al derecho internacional al hundir el *Mairi Maru*;
- III. Que Appollonia violó el derecho internacional al transportar MOX a través de las aguas archipelágicas de Raglan, por no haber notificado previamente a dicho Estado ni haber obtenido su consentimiento.
- IV. Que Appollonia es responsable por el daño a los bancos de arena y las aguas circundantes como resultado de su transporte ilegal de MOX, y, por tanto, debe compensar a Raglan tanto por las resultantes pérdidas padecidas por las industrias pesqueras y turísticas, así como también por el costo de decontaminar el área.

En respetuosa presentación ante la Corte Internacional de Justicia,

EL REINO DE RAGLAN

²⁹⁰ J. VAN DYKE, *supra* nota 224, 418.

²⁹¹ G. HANDL, "State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons", 74 *Am. J. Int'l L.* 525, 554 (1980); Reclamo del Cosmos 954, *supra* nota 283, 907.

²⁹² Ver SMITH, *supra* nota 223, 87, 117; J. VAN DYKE, *supra* nota 224, 413-4; G. HANDL, *supra* nota 291, 547.

²⁹³ Trail Smelter, *supra* nota 222; Arreglo del Reclamo Gut Dam entre Canadá y EE.UU., 8 *ILM* 118 (1969); Lago Lanoux, *supra* nota 231, 281.

²⁹⁴ SHAW, *supra* nota 210, 796; SMITH, *supra* nota 223, 120; L. GOLDIE, "International Principles of Responsibility for Pollution", 9 *Colum. J. Transnat'l L.* 283, 306-7 (1970); VAN DYKE, *supra* nota 224, 412, 416; J. KELSON, *supra* nota 267, 236-7.

BIBLIOGRAFÍA

LÍNEAS DIRECTRICES OCDE
PARA EMPRESAS MULTINACIONALES
(SES-FARN, Buenos Aires, 2004)

de MARÍA FABIANA OLIVER

Resumen

En los últimos años ha sido profusa la labor encarada global, regional y localmente con miras a promover un compromiso de las empresas para que integren en su visión y gestión la dimensión económica, la ambiental y la social. Esto significa crear riqueza cuidando y protegiendo el hábitat y asumiendo un compromiso irrenunciable con la sociedad de la que forma parte.

Las *Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para Empresas Multinacionales* de algún modo se alinean con esta tendencia y se constituyen en un marco de referencia práctico para impulsar desde los gobiernos una conducta corporativa responsable.

La Fundación SES —miembro de la Red Puentes Argentina— y FARN se han propuesto trabajar junto con el Punto Nacional de Contacto de la Argentina en la difusión y en la sensibilización de estas Directrices OCDE. El presente documento, elaborado en el marco de este proyecto, intenta recorrer aquellos elementos esenciales que faciliten la comprensión no sólo de cuestiones básicas, como por ejemplo qué son y cómo funcionan las Directrices, sino también abrir un espacio para reflexionar sobre cuáles serán los próximos pasos.

PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL:
RECOMENDACIONES PARA SU REGLAMENTACIÓN
(FARN-UICN, Buenos Aires, 2003)

MARÍA EUGENIA DI PAOLA, Editora

Resumen

Esta publicación contiene el producto de los talleres que tuvieron lugar a lo largo del 2003 con el objetivo de contribuir con la reglamentación de las cuatro leyes de presupuestos mínimos promulgadas hasta el momento. No cabe duda de que este nuevo marco normativo ha significado un importante aporte en la con-

erección del programa previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional, denominado "cláusula ambiental". En efecto, el párrafo tercero del mismo efectúa la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia ambiental. Así, a través de un criterio de magnitud, el constituyente dispone que "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales". Este criterio presenta dificultades en la práctica que se centran fundamentalmente en la determinación del alcance del concepto de presupuesto mínimo, a la hora de definirlo respecto de materias concretas. De ahí el tiempo transcurrido hasta la sanción de las primeras normas.

Si bien es cierto que este paso ha sido dado, la cuestión no ha quedado agotada. Ahora se impone poner en marcha los nuevos institutos a través de su reglamentación. Ésta es una tarea tan ardua como la anterior, pero del éxito de la misma depende la aplicación y el cumplimiento de la normativa en su conjunto. Este programa ha apuntado a despejar lo máximo posible esas dificultades a través de la puesta en marcha de un procedimiento participativo que cuenta con algunos antecedentes exitosos en el país.

GOBERNABILIDAD PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE:
PREMIO DE MONOGRAFÍA ADRIANA SCHIFFRIN 2003
(FARN, Buenos Aires, 2003)

por EDUARDO ADRIÁN SOSA, MARÍA CLAUDIA CRUZ,
PABLO EMANUEL DI NANNO, MARÍA PÍA DI NANNO

Resumen

Esta segunda entrega del Premio de Monografía Adriana Schiffrin confirma el compromiso de FARN de institucionalizar un galardón anual destinado al fomento de ideas e instituciones aptas para la concreción del desarrollo sustentable. Ello, unido a la finalidad de incentivar entre los jóvenes profesionales la investigación en este campo del conocimiento y de la organización comunitaria. El resultado de esta convocatoria pone nuevamente de manifiesto la instalación de la problemática en las preferencias de un colectivo científico que acusa una amplísima interdisciplina. Así, con inmensa satisfacción hemos recibido un gran número de trabajos provenientes de diferentes regiones del país y del extranjero. Semejante respuesta nos ha obligado a redoblar nuestros esfuerzos y los del jurado.

La calidad de las presentaciones acentúa la competencia y obliga a una fina labor de selección sobre la base de criterios de excelencia que lleven a un veredicto justo y destinado a satisfacer de la mejor manera posible, las metas que

plantea el concurso. Así las cosas, presentamos en esta publicación los tres excelentes trabajos que resultaron premiados y que abordan cuestiones diversas y de gran actualidad, a saber:

Primer Premio: "¿Crisis de gobernabilidad en la gestión ambiental? Perspectivas y desafíos futuros para la institucionalidad pública ambiental provincial", por Eduardo Adrián Sosa.

Primera Mención: "Comercio internacional, desarrollo y medio ambiente", por María Claudia Cruz.

Segunda Mención: "Seguridad jurídica en materia minera y participación ciudadana en Argentina: caso Esquel", por Pablo Emanuel Di Nanno y María Pía Di Nanno.

SIMPOSIO DE JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA:
APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA AMBIENTAL
MATERIAL DE TRABAJO Y DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES
(FARN, Buenos Aires, 2003)

MARÍA EUGENIA DI PAOLA, Editora

Resumen

La realización de una segunda actividad pública de carácter internacional, poco más de un año después de la Primera Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, es una muestra cabal del progreso que se va consiguiendo en uno de los programas que con mayor interés y dedicación se desarrolla en FARN. En esta oportunidad el evento estuvo centrado en el Poder Judicial, ya que que la mirada debe estar puesta en él a fin de mejorar el acceso a la justicia y de contribuir en la labor de jueces y fiscales. Se trató de dos jornadas integradas por numerosas actividades, a las que concurrieron un número elevado de altos magistrados y fiscales provenientes de todas la regiones de América Latina.

Se trabajó sobre un abanico de temas, de conformidad con una agenda que se fue precisando en el transcurso del diálogo electrónico que precedió al simposio. Se enfocaron cuestiones muy diversas, como capacitación, justicia y sociedad civil, organización del Poder Judicial a la luz del contenido de la materia ambiental, el papel de jueces y fiscales en la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, los procesos constitucionales, el daño ambiental, entre muchos otros aspectos. El material de trabajo, las conclusiones del diálogo electrónico y la Declaración de Buenos Aires se encuentran plasmados en esta publicación.

SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN EL COMERCIO:
EVALUACIÓN DE LOS IMPACTOS POTENCIALES DEL ALCA.
EL CASO DE LA ARGENTINA

(FARN, financiado por FIDA-OEA y un consorcio de instituciones World Resources Institute, Universidad de Tulane, North-South Center Universidad de Miami, 2003)

Resumen

Este estudio sobre los potenciales efectos ambientales del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) en la República Argentina ha sido desarrollado por FARN en el marco del proyecto Environmental Assessment and Capacity Building for the Free Trade Area of the Americas Agreement, coordinado por el Foro Interamericano de Derecho Ambiental en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El estudio comprende un análisis económico de las modificaciones en los flujos de comercio de la Argentina conforme los diversos escenarios posibles de la integración comercial hemisférica, una evaluación de potenciales impactos ambientales derivados de estos escenarios, y un análisis del marco normativo e institucional del país frente a los desafíos y oportunidades que plantea la integración hemisférica en relación a la protección del ambiente y el desarrollo sustentable.

Evaluar los impactos ambientales de un acuerdo comercial hemisférico como el ALCA, constituye en sí un objetivo ambicioso. Este trabajo no es más que una primera aproximación a una temática que, por su propia complejidad, requerirá sin duda alguna una profundización mayor con trabajos sectoriales más detallados y específicos. Sin embargo, dada la importancia que reviste la agenda del comercio y medio ambiente, se estima que el estudio puede jugar un papel importante como catalizador de una discusión conceptual aún incipiente entre los diversos sectores de la sociedad.

UNA CORTE PARA LA DEMOCRACIA I

(Autores institucionales: Asociación por los Derechos Civiles, CELS, Fundación Poder Ciudadano, FARN, INECIP y Unión de Usuarios y Consumidores, Buenos Aires, 2002, 11 páginas)

UNA CORTE PARA LA DEMOCRACIA II REMOCIÓN Y DESIGNACIÓN DE JUECES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

(Autores institucionales: Asociación por los Derechos Civiles, CELS, Fundación Poder Ciudadano, FARN, INECIP y Unión de Usuarios y Consumidores, Buenos Aires, 2002, 11 páginas)

UNA CORTE PARA LA DEMOCRACIA III
LOS CAMBIOS EN EL FUNCIONAMIENTO INTERNO
DE LA CORTE SUPREMA

(Autores institucionales: ADC, CELS, Poder Ciudadano, FARN, INECIP y Unión de Usuarios y Consumidores, Buenos Aires, 2003, 6 páginas)

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores, comparten la convicción de que su trabajo se orienta a la construcción de una democracia sólida y estable que requiere, para su funcionamiento, un Poder Judicial legítimo, creíble y neutral respecto de intereses particulares y capaz de concretar el valor justicia. Por ello, se sienten comprometidos a realizar nuestro aporte a la renovación de la legitimidad de la Corte Suprema en particular y del sistema de justicia en general, como condición ineludible de la institucionalidad democrática.

En este sentido, los documentos "Una Corte para la Democracia I y II", que tuvieron difusión pública en su momento, proponían algunas modificaciones que debían realizarse en el funcionamiento del tribunal. En dichos documentos se realizan propuestas de reforma que debían ser implementadas desde cada uno de los tres poderes. Algunas de éstas se vinculaban con las facultades del Poder Ejecutivo para nombrar jueces en la Corte Suprema. Otras propuestas de reforma debían ser impulsadas desde el Congreso de la Nación y se orientaban a limitar la jurisdicción del máximo tribunal y a modificar el proceso de designación y remoción de jueces. Por último, se señalan ciertos cambios que debían operarse en el seno de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este tercer documento se centra en la profundización de estos últimos puntos.

RESEÑA DE LAS ÚLTIMAS PUBLICACIONES RECIBIDAS EN FARN

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL

Editada por Lexis Nexis, esta revista trata de llevar a la comunidad jurídica las últimas novedades de la especialidad a través de leyes, jurisprudencia y doctrina. Posee un sector de doctrina extranjera. Su alcance geográfico abarca la Argentina y el resto del mundo.

A modo de ejemplo, el último número recibido contiene diversos temas tales como: Principio de prevención, Presupuestos mínimos de protección ambiental, Daño ambiental colectivo.

INGENIERÍA SANITARIA Y AMBIENTAL

Editada desde noviembre de 1989 es el órgano de difusión de AIDIS ARGENTINA.

Contiene artículos, reseñas, noticias en la temática de la ingeniería sanitaria y el medio ambiente así como también columnas fijas como Panorama Tecnológico, ECODIRSA, La Página de DIAGUA, DIAT, NotiDIMA, la página sobre Medio Ambiente y Panorama Institucional y Empresario.

Su alcance geográfico es principalmente la Argentina y otras regiones del exterior.

El último número recibido contiene temas técnicos como: Tratamiento alternativo de efluentes cloacales, Tratamiento primario avanzado de aguas residuales, Control de olores con hidróxido de magnesio.

RECIEL

(en inglés)

Review of European Community & International Environmental Law. Editada por Blackwell Publishing, esta publicación dedica cada número a un asunto específico relativo al derecho ambiental internacional, siendo su alcance geográfico principalmente Europa. En ocasiones ha publicado números sobre África o América Latina.

Su último número publicado está íntegramente dedicado al tema de los organismos genéticamente modificados (OGM).

GERENCIA AMBIENTAL

Es una publicación mensual, que se edita desde el año 1993, configurándose como la primera revista técnica especializada en medio ambiente del país.

La revista trata sobre los aspectos que van desde la legislación ambiental vigente hasta la información pormenorizada de productos, servicios y tecnologías ambientales.

Su alcance es nacional y en el último número recibido se tratan, entre otros, los siguientes temas: Energía y ambiente, Daño ambiental colectivo, Evaluaciones de riesgos laborales. Además posee un apartado sobre normas ambientales.

ENVIRONMENT & URBANIZATION

(en inglés)

Publicada por el Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo IIED, es una revista bianual que dedica cada número a un tema específico.

Su alcance geográfico abarca principalmente África, Asia y América Latina.

Aborda los siguientes temas: Asentamientos humanos, Pobreza, violencia y seguridad, Agua en áreas urbanas, Desarrollo urbano, Pobreza crónica, Vivienda.

El último número aparecido tiene como tema central: Encuentro de las Metas de Desarrollo del Milenio en áreas urbanas.

Se terminó de imprimir el 20 de febrero de 2006,
en ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L.,
Zeballos 885, Avellaneda, Pcia. de Buenos Aires, Argentina
Tirada: 750 ejemplares