

PASTERAS, UN TRABAJO QUE OBVIÓ EL PROGRESO

Un análisis propositivo desde la crítica constructiva

Jairo Enrique Lucero Pantoja¹

Fecha de recepción: 28 de abril de 2015.

Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2015.

Referencia: LUCERO PANTOJA, Jairo Enrique. *Pasteras, un trabajo que obvió el progreso: un análisis propositivo desde la crítica constructiva*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 53 – 76. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

*Cuando una perdida se eleva en el tiempo,
bien retrocediendo en los logros,
o retrasando los avances,
finalmente dicha derrota trasciende las fronteras
e impacta en lo más profundo del logro humano...*

RESUMEN

Desde hace algunos años el caso “Las Pasteras” ha pasado de ser un conflicto prioritario para los intereses trasfronterizos de las repúblicas de Argentina y Uruguay a consolidarse en uno de los casos más relevantes en la observación de la aplicación de diversos principios internacionales por parte de la Corte Internacional de Justicia, algunos de los cuales hasta el momento no tenían piso material. El presente trabajo no tiene como fin una labor descriptiva de los hechos que dieron vida a “las Pasteras”, sino por el contrario, planea abordar vértices específicas en el análisis del fallo, tanto teóricos como facticos, que hicieron –de aquellos avances integrados en la sentencia- y pudieron haber generado –sobre los criterios omitidos en el fallo-, una transformación innovadora en la concepción y perspectiva del derecho ambiental internacional, desbordando la mera resolución binacional de un conflicto político-económico-ambiental, para “transpolarse” finalmente a uno

¹ Jairo Enrique Lucero Pantoja, abogado de la Universidad de Nariño (Col.), estudiante del Posgrado de Derecho Internacional Ambiental de la Universidad de Buenos Aires (Arg.) y estudiante becario de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo (Arg.).

ámbito de mucha más relevancia en la concreción del nuevo paradigma hacia el respeto integrador y universal del ambiente.

PALABRAS CLAVE: Corte Internacional de Justicia, Sentencia “Las Pasteras”, autodeterminación.

ABSTRACT

For several years, the case "paper mills", has gone from being a priority for the transboundary conflict interests of the republics of Argentina and Uruguay, to consolidate in one of the most important cases in the observation of the implementation of various international principles by the International Court of Justice, some of which so far had not taken for the International Court of Justice. This work is not a descriptive work of the facts that gave rise to "paper mills", but rather, plans to address specific vertices in the failure analysis, both theoretical and factual, of the advances that were integrated in the verdict and those were omitted, that could not to generate an innovative transformation in the conception and perspective of international environmental law, overflowing a simple binational resolution of a political-economic-environmental conflict, to transform finally one area of much more importance in the realization of the new paradigm towards integrating environmental universal respect.

KEYWORDS: International Court of Justice, Judgment "paper mills," self-determination.

CONTENIDO

El presente texto abordará en primera medida una breve descripción sobre el caso “Las Pasteras”, con el fin de brindar un análisis contextualizado a los 3 ejes de trabajo que se desarrollaran en el presente documento. En primer orden se observará la obligación internacional de *notificación*, seguido por el análisis del *daño ambiental* (dentro del cual se analizará las repercusiones de las obligaciones procesales y sustantivas), llegando al análisis sobre el alcance del *estudio de impacto ambiental* y la *consulta a las comunidades*. Una vez abordado lo anterior, se perfilaran algunas apreciaciones finales que esbozaran si el juicio de la Corte Internacional de Justicia fue o no un reto –ambiental y humano- que “obvio el progreso”.

1. DESCRIPCIÓN DEL CASO LAS PASTERAS

En el año de 1975 las Repúblicas de Argentina y Uruguay suscribieron el Estatuto del Río Uruguay (ERU), en cumplimiento al Artículo 7 del Tratado de Límites fronterizos que las dos naciones se habían comprometido a reglamentar en el año de 1961. Con la entrada en vigor del Estatuto, los Estados se comprometieron, entre otras cosas, a la prestación de ayuda necesaria (Art. 3), establecimiento de reglamentaciones sobre seguridad de la navegación (Art. 4) y preservación ambiental (Art. 37 y 41), el control de nuevas construcciones que generen la modificación o alteración significativa del régimen de calidad de aguas establecido por la Comisión Administradora del Río Uruguay (Art. 7), los procesos de notificación a las partes de informes sobre proyectos a implementar en el Río (Art. 8 - 11) y el procedimiento para dirigirse a la jurisdicción internacional ante incumplimiento del Estatuto (Art. 60).

En el año 2006 la República de Argentina resolvió demandar a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como consecuencia de la violación del ERU en la autorización unilateral y no consulta por parte de Uruguay para la instalación de las plantas CMB (ENCE) y Orión (BOTNIA) que se encargarían de la producción de pasta de celulosa en el río Uruguay, demandándose la responsabilidad internacional frente a las obligaciones procesales (Art. 7 a 12) y de fondo (Art. 36 a 71) consignadas en el Estatuto. Las solicitudes consignadas en la demanda por parte de la Argentina fueron: 1) Cesar de inmediato los hechos internacionalmente ilícitos; b) Restablecer la situación que existía antes los hechos internacionalmente ilícitos; c) Pagar una indemnización a la República Argentina por el daño causado; d) Proporcionar garantías suficientes para evitar futuros incumplimientos al ERU.

Por su parte, Uruguay argumentó su defensa en dos puntos concretos: 1) Argentina no logró demostrar ningún daño o riesgo de daño al río o su ecosistema en relación a las supuestas violaciones de las obligaciones de fondo del ERU de 1975; b) El desmantelamiento de las plantas de pasta de celulosa generaría no solo un detrimento en la macro-economía de Uruguay (3% PIB), sino también generaría un costo social desmesurado en la población costera uruguaya.

Posterior a diversos enfrentamientos diplomáticos entre los años 2006 a 2010 por parte de los jefes y representantes de los gobiernos de cada Estado en el proceso, al igual que la intervención ciudadana que generó por un lado presión internacional para evitar el detrimento ambiental y paisajístico del Río Uruguay (Comunidad de Gualaguaychú – Arg.) y por la otra, la movilización para la conservación de los puestos de trabajo representados en la construcción de las Plantas de celulosa, la Corte Internacional de Justicia el día 20 de Abril de 2010, tras rechazar las medidas cautelares solicitadas por ambos Estados en el año 2006 (en el mes de Julio a Argentina y Noviembre a Uruguay), encontró (por 13 votos contra 1) a la República de Uruguay culpable por el incumplimiento de sus obligaciones procesales resultantes de los artículos 7 a 12 del ERU, centralizado su argumento en la falta de notificación y otorgamiento de información que debió brindar a Argentina del proyecto industrial que realizaría en el río fronterizo. No obstante lo anterior, la Corte dictaminó (por 11 votos contra 3) que Uruguay no había incumplido con sus obligaciones de fondo según los artículos 36 y 41 del Estatuto

referidos a la preservación y cuidado del medio ambiente, por lo que procedió al rechazo -por unanimidad- de todas las restantes presentaciones de las Partes.

2. FRENTE AL PRINCIPIO DE NOTIFICACIÓN

Si bien es cierto el fallo de la Corte Internacional de Justicia del 20 de Abril de 2010 guarda inmensa riqueza jurisprudencial, es de gran importancia la obligación de notificación que hace mención la Corte frente aquellos posibles causantes de un perjuicio o daño ambiental, obligación que acude al principio de “prevención de daño transfronterizo” establecido en las Declaraciones de Estocolmo (Principio 21) y Río (Principio 2), teniendo cabida dicho criterio en las reclamaciones presentadas por el gobierno de Argentina gracias al ERU el cual obliga a “notificar e informar de buena fe” cualquier construcción, modificación o alteración significativa de obras que pudiesen afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas (Artículos del 7 al 12).

La Corte frente a este punto empieza estableciendo que la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) creada con el ERU, “lejos de ser un simple correo de transmisión entre partes (...) tiene una existencia propia y permanente (...) ejerciendo derechos y obligaciones para llevar a cabo las funciones que le atribuye el Estatuto de 1975” (Párrafo No. 87), criterio que desestimó la posición interpuesta por Uruguay en la que consideraba a la Comisión “no –como- un organismo dotado de una voluntad autónoma, sino más bien de un mecanismo establecido para facilitar la cooperación entre las Partes (...) -la cual- no está habilitada a actuar fuera de la voluntad de las Partes (...) –y por tanto permitía- acordar, particularmente, no informar a la CARU como lo prevé el artículo 7” (Párrafo No. 84). De esta manera, la CIJ favoreció la posición de la república de Argentina que consideraba al Estatuto como “un marco institucional de cooperación permanente y estrecha, en la cual la CARU es el elemento central e ineludible” (Párrafo No. 38), estableciendo no solo una obligación internacional de tipo regular basada en el tratado bilateral entre las naciones (que para el caso es el ERU), sino también en aquellas obligaciones que han venido surgiendo a través de la costumbre internacional desde casos emblemáticos como el de la Fundición Trail Smelter (Arbitraje Estados Unidos de América vs Canadá) donde se privilegiaron los principios de debida diligencia de los Estados y la acción preventiva de cooperación ambiental sobre las costumbres tradicionales derivadas de la cortesía o *comitas gentium* que carecen del ánimo de obligación u *opinio juris* de una verdadera practica de costumbre internacional (SOTO, 2012). En tal sentido -y a pesar de hallar finalmente culpable a la República de Uruguay por no haber instrumentalizado a través de la CARU la Notificación a la cual se encontraba obligada-, es de recalcar que la declaración de culpabilidad hace énfasis a la infracción generada frente al “principio de Notificación” cuya génesis se encuentra en la doctrina civil del principio *alterum non laedere*², generando con ello un extraordinario avance doctrinal y

² Principio que tiene su primera referencia con Ulpiano en el siglo II d.C., y que posteriormente ha ido evolucionando en la dogmática civilista del derecho para referirse a la *serie de deberes que obligan a seguir un comportamiento con corrección y prudencia respecto a terceros, con el fin de que la convivencia sea posible.* (Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. “Sistema de derecho civil”, 1989. p. 591.).

jurisprudencial, esta vez reflejado en un fallo de competencia internacional (Corte Internacional de Justicia, “Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay”, 20 de abril de 2010).

Aunado a lo anterior, el “deber de Información” también fue resaltado en el fallo como una omisión en la obligación de brindar -de buena fe- todo tipo de comunicaciones detalladas en cuanto a aclaraciones, explicaciones y estimaciones en la construcción, empleo de maquinarias, riesgos en daños ambientales y sociales, y demás “informes” que Uruguay evito transmitir frente a la construcción de las dos plantas de procesamiento de celulosa, considerando explícitamente que el objeto de la notificación es "asegurar que el estudio sea completo" (Párrafo No. 119), pero recalando que el mismo debe "tener lugar antes de que el Estado involucrado decida sobre la viabilidad ambiental del proyecto" (Párrafo No. 120), por lo que advirtió el error de incurrir tanto en la primacía de la normatividad e interpretación nacional en desmedro de la deprecada del ordenamiento internacional como "justificación del incumplimiento de un tratado, como lo establece el Artículo 27 de la Convención de Viena" (Párrafo No. 121), añadiendo finalmente que la buena fe es "uno de los principios base que gobiernan la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas, sea cual fuere la fuente" (Párrafo No. 145), por lo que habría en la interpretación de los hechos objeto de estudio la más rigurosa consideración entre los deberes esgrimidos del principio de “información y notificación en base a la buena fe”³ y los eventos finalmente desarrollados.

Son todas estas consideraciones unificadoras de principios internacionales -en perspectiva de este autor- lo que refleja lo más significativo que pudo consolidar la sentencia derivada del caso “Las Pasteras”, dado que la consolidación de hechos, la coyuntura académica y doctrinaria, y los cambios relativos a la progresión de una visión integral y amplia en la protección del ambiente, fueron significativos en la aplicación del principio internacional de notificación derivado del principio de “prevención de daño trasfronterizo”, aun cuando este fuera recurrente a su plena inscripción dentro del ERU como instrumento bilateral de obligación.

No obstante lo anterior, también es cierto que la obligación de notificación e información frente aquellas situaciones donde se vislumbra un riesgo de daño trasfronterizo, sea o no el Estado parte una posible víctima en su patrimonio, se omite la consideración que aquella obligación de notificación tiene como actor primario la propia comunidad⁴, la cual, si bien hace parte del ente Estatal, su desvinculación a los espacios decisorios de poder que afectan directamente sus derechos individuales y colectivos menoscaban la construcción de legitimidad contemporánea. Esta propuesta levemente esbozada se profundizará en el cuarto capítulo de este escrito, vinculando directamente con un enfoque amplio hacia la aplicación de la Consulta Previa.

³ Dentro del Fallo analizado se presentó una controversia terminológica entre los deberes de *notificación* e *información*, frente a lo cual la CIJ en el Párrafo No. 104 estableció que respecto al párrafo primero del Artículo 7 del Estatuto se deberá inferir a la *obligación de información*, mientras que para los párrafos segundo y tercero se percibirá como la *obligación de notificación*.

⁴ Principio 10, Declaración de Río de Janeiro, 1992. El mismo postula “(...) *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 (...)*”.

Por tanto, daremos quiebre a las consideraciones positivas del fallo y comenzaremos a exponer los puntos que se describirán como “deudas” del fallo “Las Pasteras” frente la futura construcción del derecho internacional y el progreso hacia a la “conexión conceptual del ambiente y lo humano”.

3. ALCANCE DEL ESTUDIO Y PRUEBA DE DAÑO AMBIENTAL - REPERCUSIONES EN LAS OBLIGACIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

Pese a parecer un fallo unánime el declarado en el caso “Las Pasteras”, dentro de la terna de jueces ad-hoc conformados en la CIJ surgieron posiciones disidentes⁵ que exigieron un análisis más profundo entre la conexión del incumplimiento de las obligaciones procedimentales con las de fondo establecidas en el ERU, requiriendo de tal manera un alejamiento a las clasificaciones clásicas de deberes y solicitando a su vez una interpretación más dinámica de la función de los apartados procesales en la verdadera aplicación de las consideraciones sustantivas.

Pese a su oposición, la Corte consideró (11 votos contra tres) que la obligación de “notificación e información”, consagrada en el Artículo 7 del ERU y ampliamente aceptada por la comunidad internacional bajo el principio de “Prevención de Daño Transfronterizo”⁶, es una obligación de carácter eminentemente procesal, descartando *prima facie* cualquier vulneración sustantiva producto de la falta de notificación, muy a pesar de que había la misma Corte establecido que el Estatuto es un “régimen completo e innovador de construcción de responsabilidades y derechos” (Corte Internacional de Justicia, Ordenanza del 13 de Julio de 2006), lo cual podría haberse entendido como la unidad de obligaciones en las que el incumplimiento de una (parte procesal –Artículos 7 a 12-) generaría irremediablemente la violación de la otra (parte sustantiva - Artículos 35 a 42-). Contrario a ello manifestó que si bien las obligaciones procesales se planean como el correcto camino para cumplir con las sustantivas, no se concluye con ello que sea el único, teniendo como resultado que las dos se unifican en pro de la prevención, lo que “no impide que los Estados partes sean llamados a responder separadamente respecto de unas y otras” (Párrafo No. 79). Ante esto, Argentina esgrimió que “las obligaciones de naturaleza procesal se encuentran intrínsecamente ligadas a las obligaciones de fondo previstas por el Estatuto de 1975, y –el- incumplimiento de las primeras implica un incumplimiento de las segundas” (Párrafo No. 68), toda vez que el objeto del Estatuto es el “uso racional y óptimo del río” (ERU, Artículo 1).

Ante la decisión de la Corte debemos observar de cerca como la evolución de la concepción de responsabilidad internacional ha permitido arribar al paradigma de la seguridad (Berros, 2015), evitando así la concepción dogmática del derecho clásico (propio del siglo XIX y XX) en donde la responsabilidad se origina

⁵ Los jueces disidentes fueron tres, el argentino Raúl Vinuesa, el jordano Awn Shawkat Al-Khasawneh y el alemán Bruno Simma, quienes presentaron su postura inconforme frente al segundo punto del fallo relativo al no incumplimiento de las obligaciones sustanciales por parte de Uruguay a los artículos 35, 36 y 41 del *Estatuto del Río Uruguay* de 1975.

⁶ Por primera vez incluida en la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, reunida en junio de 1972, bajo el principio número 21, y posteriormente en la *Declaración de Río* en 1992 mencionada en el Principio número 2.

-sí, y solo si- existe un hecho dañoso, pues esta nueva perspectiva precisa evitar ese mismo daño para impedir al tiempo las consecuencias que acarrea la vulneración de obligaciones internacionales, más aun cuando en los casos ambientales en la gran mayoría de ocasiones se tratan de lesiones irreversibles y por tanto irreparables.

Con el viraje del derecho internacional a favor de la “precaución” para evitar la ardua –e incluso inviable- tarea de la reparación, podemos perfectamente darnos cuenta que el incumplimiento de una obligación procesal conlleva intrínsecamente a la creación de un *peligro* hacia una obligación sustantiva, violentando –o al menos haciendo caso omiso- al principio precautorio. En el mismo sentido, la Resolución de la ONU para la “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”⁷ precisó el concepto de “daño sensible” como forma de representar la violación significativa de obligaciones entre un Estado a otro limítrofe.

Si bien estos elementos sirven de guía para demostrar el cambio de arquetipo en que la normativa internacional se encuentra comprometida, esta abre al tiempo la necesidad de conocer los métodos con los cuales se podría demostrar un daño ambiental con las grandes dificultades científicas para corroborarlo, más aun al tratarse de aplicar el principio precautorio en el que se vela en la incerteza científica, hechos que debían de alguna manera remediarse mediante la jurisprudencia internacional y esta a su vez en su lógica influencia en los órganos de justicia de cada Estado. La concierne especificación regulatoria de los actos lícitos e ilícitos de carácter ambiental que generan responsabilidad de los Estados, cuyo vacío más preponderante se basa en la (1) clasificación del “daño internacional” y la (2) concepción teórica de “Debida Diligencia”, fueron precisiones que la CIJ pudo en la sentencia “Las Pasteras” haber, como mínimo, sentado las bases para su posterior desarrollo y regularización, atendiendo a las pautas de juez activo, que más allá de las teorías propiamente pro ambientales, abarcaban fines normativos de daños económicos internacionales, lo cual no bastó para ser causa suficiente que justificara su accionar judicial en estas nuevas dimensiones del derecho.

Es de este modo que la evolución frente al daño internacional que se ha venido materializando sólo a través de la preocupación internacional frente al daño trasfronterizo -valga decir, a la intranquilidad de un Estado producto de las actividades peligrosas (lícitas) y actos que van en contravía de lo estipulado por el derecho internacional (ilícitas), realizados o desarrollados por otros Estados que se encuentran en las fronteras de sus territorios- y no como consecuencia de continuar desarrollando un fuerte marco normativo de responsabilidad global de intereses compartidos independiente de la necesaria consecución de un daño trasfronterizo, objeto que no se encuentra plenamente materializado en las resoluciones emitidas por la Asamblea General de la ONU, los cuales se creería reúnen los intereses y perspectivas estatales percibidos en sus costumbres⁸, incluidas estas nuevas perspectivas en su mayoría deprecadas de la Declaración de Río de 1992 y actualmente regularizadas por diversos ordenamientos nacionales. Es esta misma falta de coherencia internacional lo que posibilitó que la Resolución de daño trasfronterizo precisara criterios subjetivos sustentados en imprecisos términos de

⁷ Resolución aprobada por la ONU en base al proyecto de Tratado presentado por la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General en el mes de Julio del año 2001.

⁸ Se hace referencia a la *Costumbre Internacional*, entendida como la *practica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho* (Diez de Velasco, “*Fuentes del Derecho Internacional Público*”, Capítulo IV “La Costumbre Internacional y los Actos Unilaterales”, pág. 136).

aplicación jurídica con el fin de clasificar el posible daño ocasionado a otro Estado⁹, basados estos en la probabilidad de causar daño, a saber: “Alta probabilidad” para aquel generador de “Daño Catastrófico” y “Baja Probabilidad” para el generador de “Daño Sensible”. (Resolución de la ONU para la Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, Julio de 2001)

La increíble subjetividad y falta de claridad frente a los hechos que dejan de ser un “Daño Sensible” para pasar a ser un “Daño Catastrófico”, va acompañado de una falencia aún más grande, derivada del principio de “Diligencia Debida”, la cual, si bien encuentra su génesis en el respeto de los derechos humanos¹⁰, y más enfáticamente en el respeto al debido proceso en contextos de conflicto, confluye en la actualidad en aspectos jurídicos referentes al derecho internacional ambiental frente a la elaboración de medidas de prevención y precaución de acuerdo al mayor o menor riesgo de presentarse daños al ambiente y a la salud pública.

Así mismo, las obligaciones sustantivas referenciadas por Argentina como cláusulas vulneradas por Uruguay, frente a las cuales la CIJ decidió que no habían sido incumplidas (precisadas en los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay) ya que no se presentó una “alteración que perjudique sensiblemente el régimen de la calidad del agua, (...) el equilibrio ecológico y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia” (ERU, Artículo 35), fue concluida a través de material probatorio financiado y recaudado no sólo por las partes, sino también el obtenido tanto por las mismas empresas de pasta de celulosa que generaban el presunto daño ambiental como por la Corporación Financiera Internacional (brazo de inversión privada del Banco Mundial) la cual financiaba los proyectos industriales de Botnia y ENCE en el Estado uruguayo, las cuales, como es evidente, no resultaban imparciales.

También es de resaltar que las cargas probatorias suministradas por los Estados mediante científicos expertos fueron incluidas como “consejeros de cada una de sus delegaciones”, y no como “testigos expertos bajo los artículos 57 y 64 del Reglamento de la CIJ (...) -lo cual los hubiera posibilitado- testificar ante la Corte en calidad de expertos o de testigos o en algunos casos en ambas calidades, en vez de como consejeros, de manera que puedan ser sometidos a preguntas por la otra parte así como por la Corte” (Párrafo No. 167), evidenciándose con ello una seria duda de independencia de la prueba con la que finalmente dirimió el caso la CIJ.

Dicho lo anterior, debemos centrarnos en una de las acusaciones que fue imputada por la República de Argentina al proyecto de pasta de celulosa y que a su vez fue indirectamente aceptada por Uruguay en su mismo argumento de defensa. En el Párrafo 54 y 264 del fallo bajo lupa, la CIJ excluye las reclamaciones realizadas por Argentina frente a la contaminación referente al *olor* del río Uruguay, generado por la construcción de las

⁹ Tradicionalmente los sujetos de Derecho Internacional son los Estados, por lo que en consecuencia, y en palabras del catedrático Díez de Velasco, “*la relación originada por el hecho internacionalmente ilícito se configuraba como una relación interestatal de naturaleza bilateral en función de la lesión inferida por el sujeto al que era atribuible el acto, de un derecho subjetivo del que era titular el otro sujeto de la relación: el Estado perjudicado*” (Díez de Velasco, “*Instituciones de Derecho Internacional*”, 2005).

¹⁰ Se establece la *Debida Diligencia*, subsidiaria del *Debido Proceso*, como principio rector de garantías jurídicas y políticas en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil y Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, bajo los preceptos de Oficiosidad, Oportunidad, Competencia, Independencia, Imparcialidad, Exhaustividad y Participación.

plantas de celulosa, hecho que finalmente no fue totalmente comprobado por Argentina, pero que generó serias dudas –desde la perspectiva precautoria- de que un daño ambiental podría estar en curso.

Ante este hecho, la Corte señaló que el "demandante debe, en primera instancia, someter un mínimo de evidencia que avale su reclamo" (Párrafo No. 163), obedeciendo al principio de *onus probandi incumbit actori* -la carga de la prueba incumbe al actor-, para más adelante señalar que "mientras el enfoque precautorio puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las cláusulas del Estatuto, de ello no se sigue que opere una inversión de la carga de la prueba" (Párrafo No. 164), frente a lo cual se omite por completo el deber de la Corte *motu proprio* de ordenar pruebas realmente independientes que hubiesen generado una visión más coherente hacia el verdadero estado del Río Uruguay y las afectaciones a este causadas con la construcción y futura puesta en funcionamiento de los proyectos de pasta de celulosa. De la misma manera, no vislumbró la gradual transformación de legislaciones nacionales que posibilitan la inversión de la carga de la prueba en casos ambientales (Crespo, 2012) dado a la incongruencia económica existente entre las partes reclamantes y las posibles vulneradoras de derechos colectivos, que en su mayoría pertenecen al gremio industrial y extractivo, las cuales tienen mayores oportunidades de financiamiento en recolección de pruebas, hecho casi imposible para una asociación civil afectada.

En tal sentido, más que verse errónea la decisión *prima facie*, la CIJ perdió -en palabras del juez jordano Awn Shawkat Al-Khasawneh- “una oportunidad histórica” para lograr objetivos que el derecho internacional no había podido consolidar, ello enfatizado en la posibilidad de hacer facticos los principios que rigen el derecho ambiental y principalmente el principio precautorio. Los fundamentos de este criterio se basan en la falta de aplicación del Artículo 50 del Estatuto que rige a la Corte, con el que se creó el principio del *state of the art* en la doctrina internacional, que demanda a la CIJ el uso de los conocimientos más avanzados disponibles para que sus decisiones sean correctas, posibilitando de esta manera a que la Corte “comisione a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 50). La recurrencia de los votos y críticas al fallo por parte de los jueces disidentes se justifica aún más cuando observamos, en primer lugar, que la Corte en el pasado ya había usado un “comité de peritazgo”¹¹ para proporcionar mayor peso probatorio a sus decisiones, y en segundo lugar, al analizar que este mecanismo –armonizado en un principio- aún no había sido vinculado en problemáticas de daño ambiental, hecho que hubiese transformado la perspectiva de justicia en esta rama tan trascendental del derecho contemporáneo.

De igual manera, la trascendencia de esta labor dejada de realizar tiene peso dogmático en la plena oposición que sin duda alguna existe en la doctrina –proteccionista- del derecho ambiental frente al “principio de hechos

¹¹ Los jueces Al-Khasawneh, Vinuesa y Simma, con el fin de fortalecer su perspectiva disidente, hacen citación de dos casos en los que la Corte hizo uso del Artículo 50 del Estatuto: el primero de ellos en el caso del Canal de Corfú, entre el Reino Unido y Albania y posteriormente en el caso de la Delimitación de la Frontera Marina en el Golfo del Área de Maine entre Canadá y Estados Unidos de América. Así mismo, se observan diversos ejemplos en otros organismos internacionales que suelen recurrir a consejos de expertos en casos científicos complejos, como el Tribunal Arbitral del Acero del Rhin y la Organización Mundial de Comercio. Ver: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15879.pdf>

consumados”, el cual evidentemente entra en contraste directo con las cualidades y perspectivas surtidas del principio precautorio. La “metodología” cuestionada por los jueces disidentes del fallo y justificada en la omisión del principio del *state of the art*, generó una gran brecha entre la vinculación de las obligaciones procesales y las sustantivas frente a la consumación del daño ambiental, puesto que la CIJ supuso correcto aplicar para las cuestiones ambientales (y en el caso particular, el daño ambiental en el Río Uruguay), la misma operación jurídica calcada de la propia dogmática restrictiva del derecho penal y civil basada en la “norma primaria” kelseniana (Kelsen, 1935), donde la sanción solo se deriva del hecho ilícito consumado o antijurídico, precepto que a simple vista no posee coherencia ideológica ni pragmática con los criterios contemporáneos del derecho ambiental. En tal sentido, el “deber jurídico” presupuesto en la posición tradicional, imposibilita la consolidación de una medida mitigatoria (de precaución) o de sanción antes de un hecho demostrable de daño, formula que resulta claramente contraria y errónea en el marco jurídico ambiental (valga decir “pro ambiente”) donde la concentrada protección se fundamenta en la “irreparabilidad” –en la mayor parte de los casos- de los bienes e intereses colectivos ambientales, contingencias que por su propio carácter “irreparable” se deben evitar en su materialización hacia el daño efectivo, consideración dogmática y fáctica que debió dejar claro la CIJ unificando aquellas obligaciones procesales y sustantivas como un “todo protector” hacia el ambiente y los derechos a salud y dignidad humana.

Por tanto, la oportunidad presentada ante la Corte en el caso “Las Pasteras” para lograr brindar una delimitación más consecuente en el tema de daños internacionales ambientales, fue –en consideración de este autor- la mayor falencia por parte de esta institución, habida cuenta de que la Corte de llegar a profundizar y encontrar necesario consolidar un “esquema preciso de daños” delimitados para casos ambientales de orden internacional, hubiese llegado a la valerosa conclusión de la necesidad de practicar estudios científicos que posibiliten el cálculo de un daño sensible y a su vez en qué medida este se transforma en un daño catastrófico, evitando de tal manera subjetividades en los términos, precisando así mismo aquellos casos en que, con mayor rigidez (dependiendo del ecosistema) deben aplicarse las medidas preventivas y precautorias para salvaguardar el ambiente y la salud pública, todo ello con el fin de materializar las fronteras reales de prácticas Estatales que constituyen el principio de “Debida diligencia”, hecho que por supuesto continuará siendo un concepto gris en el derecho actual.

4. ALCANCE DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y LA CONSULTA A LAS COMUNIDADES

El derecho internacional contemporáneo se ha caracterizado por impregnar en las legislaciones locales una vasta cantidad de dogmática jurídica progresista, más aun al tratarse de la rama del derecho ambiental, en donde la CIJ no ha sido la excepción; no obstante, es meritorio observar cómo estas pretensiones encuentran un piso real en sus sentencias. Precisa la Corte en el fallo bajo estudio que “la obligación de proteger y preservar (...) debe ser interpretado de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados **que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un**

estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido" (Párrafo No. 204 - Negrita fuera de texto original). Sin embargo, después de esta consigna dogmática, es importante revisar el Párrafo 205 de la Sentencia en tres partes:

- a. “(...) ni el Estatuto de 1975 ni el derecho internacional general especifican el alcance y contenido de un estudio de impacto ambiental. Puntualiza además que Argentina y Uruguay no son partes de la Convención Espoo. Finalmente, la Corte observa que otros instrumentos a los que Argentina alude en defensa de sus argumentos, a saber, los Objetivos y Principios del PNUMA, no son vinculantes para las Partes (...)”.

En consideración a lo anterior, al no ser ratificada la Convención ESPOO ni ser vinculante los criterios del PNUMA hacia las Partes, se elimina la posibilidad de uso del marco regulatorio internacional con el que podría basarse la Corte para determinar si se cumplió con los parámetros del Estudio de Impacto Ambiental ante eventuales daños trasfronterizos. Al suceder ello, la Corte en respeto a la soberanía de las legislaciones nacionales, procede a mencionar:

- b. “(...) corresponde a cada Estado determinar en su legislación nacional o en el proceso de autorización para el proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada caso (...)”.

A pesar de esta mención, se debe tener en cuenta que el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “ningún país puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 27), por lo que sus disposiciones internas no tendrían validez dentro del caso en referencia, a menos que la misma normatividad haya sido aceptada previamente por las partes en un proceso protocolario, conformándose con ello un tratado bilateral, hecho que tampoco sucedió dado a la falta de regulación de este tema en el Estatuto del Río Uruguay de 1975. Es en este contexto de gran vacío normativo de aplicación respecto al Estudio de Impacto Ambiental, la Corte concluye en la existencia de:

- c. “(...) la necesidad de **ejercitar la diligencia debida** durante la realización de ese estudio. (...)”

Acto último que nos permite continuar en un interminable análisis conducido por la senda de la subjetividad normativa en la definición del Estudio de Impacto Ambiental y su nivel de exigencia en presuntos daños ambientales trasfronterizos, donde ninguna precisión regulatoria tiene poder vinculante y cuyo precedente para futuros procesos pudo haber sido encontrado en este fallo en donde la Corte debió esgrimir los mínimos que conformasen este Estudio, hecho claro que nunca sucedió.

Finalmente -pero sin ser menos importante, incluso, llegando a ser el más trascendental apunte-, uno de los grandes olvidos cometidos por la CIJ en el caso “Las Pasteras” se presenta en la falta de importancia devenida de la percepción comunitaria y los movimientos sociales que se organizan en rechazo a proyectos económicos e industriales cuyas actividades repercuten en la vulneración de derechos colectivos, acto de omisión internacional que despoja a esta importante etapa de su carácter de obligatoriedad, y en el mejor de los

casos la incluye solo como parte de las responsabilidades –y no obligaciones- procesales de cada Estado en los Estudios de Impacto Ambiental, con lo cual la carencia de su práctica no repercute en mayores incidencias en juicios de responsabilidad internacional y menos aún en procesos de decisión nacional.

De tal manera, la Corte manifiesta en un sencillo párrafo la “no obligación de consultar a las comunidades afectadas” (Párrafo No. 216), basada en que los instrumentos jurídicos aludidos por Argentina, entre los que se encuentra la Convención ESPOO, el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Prevención de Daño Transfronterizo por Actividades Peligrosas y los Objetivos y Principios del PNUMA, son, primero, regulaciones no vinculantes dado a su no ratificación, y segundo, son considerados por la Corte como regulaciones internacionales que no pretenden consolidar una obligación de consenso comunitario de la población posiblemente afectada, ni mucho menos hacer de este consentimiento un acto de poder dentro de las decisiones administrativas que se tomen en torno al territorio de los afectados.

En primera medida debo mencionar que el enfoque que abordaré dentro de este aspecto es muy amplio, experimental, pero eminentemente argumentativo, por lo que puede generar muchas controversias en su análisis. Empezaremos mencionando que el Convenio 169 de la OIT hace referencia a la “Consulta Previa” como un mecanismo que el Estado debe usar para cubrir de legitimidad proyectos legales, administrativos y económicos -públicos o privados- que puedan vulnerar algún derecho eminentemente consagrado para las comunidades indígenas y tribales (Tratado 169 de la OIT, Artículo 1 y 6), siendo estos en última medida -desde la interpretación más proteccionista- aquellos que aprueban o no la implementación de cada proyecto en su territorio. También debemos observar paralelamente que el principio de “autodeterminación” se concibió como una declaración en defensa de las sociedades bajo la colonización, para posterior a ello, convertirse en un derecho universal con el que los habitantes de las mismas puedan “establecer libremente su condición política y –precisar- asimismo (...) su desarrollo económico, social y cultural”. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Debemos observar que las dos disposiciones mencionadas en el párrafo anterior confluyen, en primer orden para salvaguardar, con un marco específico, las determinaciones de autogobierno de los pueblos indígenas y tribales, mientras que el segundo establece, con un marco general o amplio, la protección de las formas de organización política, económica y social de todos los Estados que en principio, han establecido gobiernos representativos bajo los lineamientos de la paz y la cooperación internacional.

Ahora bien, si ahondamos más al respecto, encontraremos que en el génesis fundador del derecho internacional contemporáneo bajo la tutela de la ONU y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, guarda un papel fundamental -primero- el principio de “libre determinación de los pueblos” (Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1.2) y -segundo- la consolidación de una norma imperativa bajo el título de *ius cogens*¹². Dicho esto, la Declaración 169 de la OIT que reglamenta la Consulta Previa a Pueblos Indígenas y

¹² Se menciona por primera vez la noción de *ius cogens* en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

Tribales, sólo precisa la prerrogativa legal de “consulta previa” a una fracción poblacional de la totalidad de habitantes de un Estado (valga decir, los pertenecientes a pueblos Indígenas y Tribales), lo cual, si bien trata de sopesar las grandes injusticias generadas por la historia hacia estas comunidades, no instituye consecuentemente que el resto de la sociedad no pueda deliberar y decidir sobre la aceptación o rechazo de las decisiones administrativas impartidas por los “Estados Delegativos contemporáneos” que rigen hoy los territorios.

En este sentido y retomando el fallo, la Corte estableció que "Uruguay llevo a cabo actividades dirigidas a consultar a las poblaciones afectadas, tanto del lado argentino como del lado uruguayo del río. Estas actividades incluyeron reuniones el 2 de diciembre de 2003 en Río Negro, y el 26 de mayo de 2004 en Fray Bentos, con la participación de organizaciones no gubernamentales argentinas" (Párrafo No. 217), en las que se “abordaron temas como manejo de productos químicos en la planta y en el puerto; la aparición de lluvia ácida, dioxinas y otros policlorados de alta toxicidad que podrían afectar el ambiente; el cumplimiento de la Convención de Estocolmo; las emisiones atmosféricas de la planta; las emisiones electromagnéticas y electrostáticas y las descargas líquidas en el río” (Párrafo No. 218), añadiendo también a Corte que los “habitantes de Fray Bentos y de las regiones vecinas de Uruguay y Argentina participaron en la reunión y sometieron 139 documentos conteniendo preguntas y preocupaciones” (Párrafo No. 217), además de “80 entrevistas (...) realizadas por el Consensus Building Institute, una organización sin fines de lucro especializada en facilitar diálogos, mediación y negociación, contratada por el CFI” (Párrafo No. 218), por lo cual concluye la Corte que “encuentra (...) las consultas por Uruguay a las poblaciones afectadas –como procedimientos que efectivamente- tuvieron lugar” (Párrafo No. 219). Así las cosas, la Corte empezó desestimando la obligatoriedad de realizar consultas sociales a las comunidades afectadas dado a la inexistencia de efectos vinculantes con Tratados o Convenios que exigieran dichos mecanismos, y posteriormente concibe el suministro de información, realización de entrevistas y reuniones de participación como actos suficientes para avalar la Consulta por parte de Uruguay, donde en esencia, ninguna de las mismas arrojó una decisión por parte de la comunidad sobre el acuerdo o desacuerdo de la instalación de las plantas de celulosa en el territorio en el que viven.

Las diferentes actividades de opinión comunitaria realizada por los pobladores argentinos de del municipio de Gualeguaychú¹³ y ciudadanos uruguayos pertenecientes a la Intersindical de Trabajadores¹⁴, tampoco fueron objeto de análisis por parte de la CIJ, acto que generó un vacío trascendental dentro de la discusión de la participación ciudadana en la resolución de conflictos y búsqueda de verdadera justicia, propiciando con ello la minimización del respeto hacia los actos deliberativos por parte de la sociedad civil frente a sus preceptos de auto gobernanza y determinación de su propio futuro y el de las poblaciones venideras (principio intergeneracional), y por tanto a los mecanismos de resolución autónoma de sus conflictos.

¹³ El 30 de abril del año 2005, más de 40.000 argentinos y uruguayos tomaron el puente internacional Libertador General San Martín, que comunica ambos países, para protestar por la instalación de las plantas de celulosa en el Río Uruguay, encuentro que conllevó a la creación de la *Asamblea Ciudadana Ambiental de Gualeguaychú*.

¹⁴ Es la Convención Nacional de Trabajadores que encabeza la *Central Sindical Única* de Uruguay, fundada en el año de 1964.

No obstante lo anterior, la movilización ciudadana obtuvo resultados de gran importancia en diferentes frentes, como lo fue la apertura del debate de “responsabilización de los financiadores” de proyectos que llevan consigo amenazas ambientales, precisándose de esta forma el nexo de inversión y la posible detención de los recursos económicos que lograrían hacer inviables los proyectos. En el caso particular, el Banco Mundial desde finales del siglo pasado ha financiado en Uruguay la forestación con especies comerciales de rápido crecimiento, principalmente pino y eucaliptus, los cuales se destinan a la fabricación de bienes en madera o directamente a la exportación como materia bruta, a lo cual se ha sumado la industria de pasta de celulosa para la fabricación de papel. Consecuencia de las acciones ciudadanas en Gualaguaychú, en el mes de Junio de 2005, el gobierno Argentino expreso al Banco Mundial una carta de "preocupación" ante la posibilidad de que la Corporación Financiera Internacional –CFI, que depende de ese organismo- contribuya a la financiación de las plantas, por lo que la CFI inició un proceso de evaluación interna que se materializaría posteriormente el 24 de marzo de 2006 a través del informe de Meg Taylor, *Ombudsman*¹⁵ del Banco Mundial (BM), el cual hizo eco a las objeciones de las manifestaciones ciudadanas en contra del proyecto de celulosa, por lo que detecto problemas a la falta de diligencia debida en que podía incurrir la misma CFI en razón a que carecían tanto de aspectos materiales de evaluación que se diezaban con la existencia de una inadecuada política de divulgación de los estudios de impacto ambiental, concluyendo finalmente que “los procedimientos de la Corporación Financiera no son lo bastante rigurosos o fuertes como para apoyar las conclusiones de estudio de impacto ambiental”¹⁶.

Aun así, la importancia de dicho informe radica principalmente en la diversidad de perspectivas en que realiza el estudio la *Ombudsman* del BM denominado “Estudio de Impacto Acumulativo” (EIAc), dado a que el mismo exigía resultados en cada ámbito donde se pudiesen vulnerar derechos, “especialmente impactos sociales y económicos, e incluso impacto sobre el turismo del lado argentino del río Uruguay”¹⁷. La referencia más importante de esta auditoria hace alusión a la falta de explicaciones ofrecida por la CFI en su decisión de eximir a “Ence” de producir un plan de “consulta pública y divulgación”, como lo obliga la política de salvaguarda de la CFI¹⁸, lo cual constituyó una de las mayores críticas originadas de los ciudadanos de la costa uruguaya y argentina. Muy a pesar de aparentarse un oficio juicioso apoyado en los criterios de justicia social por parte de la CAO, son inexistentes los casos en los cuales se ha evidenciado una solidez en sus apreciaciones y cumplimiento fáctico por parte del BM frente a sus diversas directrices de Procedimientos Operativos (OP), “decisiones de apariencia” que no han repercutido en acciones de desfinanciamiento a proyectos que causan y siguen causando violación a derechos sociales, económicos o políticos de las comunidades que habitan los territorios donde se llevan a cabo proyectos lesivos a sus derechos colectivos, y menos aún, la garantía de que

¹⁵ La *Compliance Advisor Ombudsman* –CAO–, es la dependencia del Banco Mundial que cumple funciones de *defensoría del pueblo* frente a los proyectos respaldados por los organismos del Grupo del Banco Mundial que se ocupan del sector privado, es decir la Corporación Financiera Internacional (IFC) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).

¹⁶ *INFORME ANUAL 2005-06*, Oficina del Asesor en Cumplimiento/Ombudsman, CAO (Compliance Advisor Ombudsman), dependencia adscrita a la Corporación Financiera Internacional y Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones del Fondo Monetario Internacional. Informe completo en: <http://www.cao-ombudsman.org/publications/documents/CAOAR2006Spanish.pdf>

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Principalmente la OP 4.01, la cual consolida los procedimientos operativos de Evaluación Ambiental por parte del Banco Mundial, y en la cual se revisaron las recomendaciones de la “*Reforma de Préstamos de Inversión: Modernización y Consolidación de Políticas y Procedimientos Operacionales*”.

a los mismos se les respete su derecho a la autodeterminación por medio de consultas, cuyos resultados deben presentar un carácter vinculatorio.

5. CONCLUSIÓN PRE-FINAL

En primer orden debemos decir que la CIJ, entre fallos, opiniones consultivas y providencias, se ha pronunciado en 209 ocasiones desde el año 1948 hasta el mes de septiembre de 2015¹⁹, siendo un ente suficientemente activo el cual debe, como principio rector, estar a la vanguardia de los lineamientos que requiere la sociedad mundial para una mejor organización consecuente a la obtención de la “paz y justicia mundial”²⁰. La omisión de problemáticas tanto sencillas como profundas en cualquiera de sus sentencias, avala indirectamente soluciones erradas que impiden concebir una mejor estructura Estatal y un integral relacionamiento internacional de las comunidades.

Las discusiones referentes a la obligación y determinación taxativa del Estudio de Impacto Ambiental, usando para ello, no solo criterios de diferenciación eco-sistémica de cada territorio, sino también la práctica de la máxima tecnología habilitada para el momento de su estudio y evaluación, dando cabal cumplimiento a la herramienta y principio de *state of the art*, fue por tanto una de las mayores omisiones que la CIJ tuvo en el fallo “Las Pasteras”.

Del mismo modo la CIJ propició la continuación de la indeterminación del daño ambiental trasfronterizo y sus niveles de peligro y concreción, los cuales junto a la inaplicación del principio precautorio –recordando que en la mayoría de los casos la recomposición ambiental se torna imposible- conllevaron a que la protección reforzada que se pretende implementar en el derecho ambiental al tratarse de bienes e intereses colectivos indispensables para la vida humana y la consecución de condiciones que proporcionan una “vida digna”, se constituyan como meras herramientas propias del campo dogmático e ilustrativo sin ninguna institución jurisprudencial o normativa vinculante que rija sus parámetros y haga obligatoria la perspectiva *pro ambiente* que estos conceptos y principios encarnan.

Consecuente a lo anterior, la omisión de los criterios desprendidos de una real “consulta social” a las comunidades que pueden ser afectadas en sus intereses individuales o colectivos a causa de un proyecto económico público o privado que se desarrolle en su territorio, no sólo ratifica firmemente la ilegitimidad del orden Estatal en el que se encuentra la comunidad, sino también establece la violación de preceptos mínimos de acreditación de una organización social realmente democrática, deliberativa y sostenible, cuando en realidad

¹⁹ “Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002, 2003-2007, 2008-2015”. Naciones Unidas, 2008. Ver: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php>

²⁰ Objeto enmarcado en el *Preámbulo* y finalidades de la Carta de las Naciones Unidas firmada en 1945.

representa una delegaría, inquisitiva y a futuro destructiva, tanto de la comunidad como del ambiente en que se encuentra.

Por tanto, desde el conformismo minimalista hacia la observación subjetiva de los contenidos de un Estudio y Evaluación Ambiental, pasando por la indeterminación de los daños ambientales y finalmente por la categorización casi inocua de la consulta social, son criterios que hacen del fallo “Las Pasteras”, hoy más que nunca, una oportunidad en donde se obvió el progreso.

6. CONCLUSIÓN FINAL

En tal sentido es de imprescindible practica el pensarnos el ambiente, no solo como un factor local de política pública, ni tampoco como una regulación en espera a la coyuntura de los intereses internacionales, sino por el contrario, y de una manera integral, debemos trascender del institucionalismo hacia el paradigma racional del actuar personal, consolidando perspectivas y con ello soluciones que eran posteriormente palpadas en la regulación local, nacional e internacional por medio de la práctica, pues esta rama, sin distar mucho de la utopía de creación ideológica, se crea y cimienta desde la “facticidad del pensar” de cada individuo. Dicho esto de manera concluyente, este capítulo cierra el presente texto brindando las perspectivas de solución que este autor tiene frente a los aspectos analizados:

a. Consulta social de comunidad permanente

Empezaremos mencionando que el Principio 10 de la Convención de Río integra de una manera muy completa lo correspondiente a la “participación de todos los ciudadanos interesados” en todas las cuestiones ambientales que se diriman a nivel local, nacional e internacional de los países signatarios de esta declaración, valga decir, es una demanda hacia la participación activa que genere política pública real y por ende fáctica. De tal modo, su consideración como un mecanismo de acotamiento procesal, sin lugar a dudas es, por lo menos, un análisis incoherente frente a los presupuestos acordados en Río 92, después de considerar que las comunidades tienen el “derecho fundamental del disfrute de las condiciones de vida adecuada en un medio de calidad”²¹, y no podría considerarse uno mejor que el existente en prevalencia de un contexto de libertad, principio fundador de los Estados modernos y que le da peso político al carácter de ciudadano. Aun así, este sigue rigiéndose como un mecanismo que incluso en las legislaciones nacionales se torna como un procedimiento sin rigor y de percepción optativa. De tal manera, la mejor forma de brindar soluciones a esta problemática se deriva de concebir el mismo en un derecho exigible para cualquier actividad que se genere

²¹ Principio I de la Declaración de Río, el cual reza: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. (...)”.

dentro de una comunidad, objetivo que podría lograrse de dos formas y a partir de estas con una “aclaración de legitimación” y un “acto de composición estructural internacional” a saber:

1. Forma Directa: de manera inmediata, la consulta social debe ser presentada como un mecanismo que entra a formar parte de las obligaciones sustanciales cuya violación hace nulo cualquier proceso de legalización de una actividad planeada a realizar dentro del territorio de una comunidad. Este mismo, siendo su base el principio y derecho de autodeterminación, crearía un lazo irrompible entre la obligación sustantiva y el mecanismo procedimental de consulta, dado a que sin el último irremediamente se violentaría el derecho que encarna una obligación sustantiva, que en este caso es el desarrollo autónomo de cada comunidad a gobernarse sin violentar mínimos generales de protección preestablecidos en cada Constitución, pero sin dejar que dicha libertad exceda los límites representados en los principios *ius cogens* y *pro ambiente*.
2. Forma Indirecta: dado a la evidente diferenciación entre (1) un acto de esencia procesal, que es la actividad de consultar, frente a los (2) principios distinguidos por su fin de “optimización de actores”, los dos en base a un hecho que los cumple o lo violenta –acto factico-, la forma indirecta para hacer una obligación el principio de consulta social partiría con el mantenimiento de la consulta a las comunidades como parte de un proceso reglamentado por una nación en las actividades que se realizan en su territorio (acto eminentemente procesal), no obstante, la violación de este proceso genera el quebrantamiento de una obligación al ejercicio de la soberanía nacional representada en el cumplimiento de las normas regulatorias de la ciudadanía. En tal sentido, el incumplimiento de una obligación procesal explícita, como lo es la consulta social, y la violación de un principio fundamental *erga omnes* requeriría adicionalmente la creación y aceptación de un *derecho de esencia*, que se distinguirá como “derecho de consentimiento”, dado a que sin presentarse consulta tampoco podrá la comunidad considerar actividades que se realicen en su territorio, por lo que atentaría en la esencia misma de su carácter de ciudadanos.

Si bien las dos formas pueden parecer en igual medida equivalentes, es claro indicar que mientras la primera denota un enfoque manifiesto de protección a la “autodeterminación” desde la que se constituirán los métodos con los cuales dar efectivo cumplimiento al principio –consulta y sus procedimientos para realizarla-, la segunda toma como punto de partida la exigencia de cumplimiento del método –consulta- para así lograr un Estado de protección basado en el recubrimiento de “derechos de esencia”. Estos últimos derechos cuya implementación debería darse en las dos formas, más allá de dotar al ciudadano con las condiciones óptimas para ejercer todos sus derechos y respetar sus obligaciones como ciudadano dentro de una sociedad, generan el fundamento de existencia de un Estado, siendo estas vitales en su ejercicio para garantizar la estructura cuya subsistencia (independientemente de sistema político o económico que lo rija) no tendría propósito con la eliminación de dichas prerrogativas esenciales.

Posterior a ello, es imprescindible el deber de consolidar una “aclaración de legitimación” dentro de las discusiones de consulta social, pues este se deriva de la precisión conceptual de la población que pueda, no solo legal, sino legítimamente, decidir frente a su territorio, con el fin de proteger realmente el ejercicio del derecho a su autodeterminación, y no proceder en buena fe, pero con dañinos resultados a la estructura social, en favorecimiento a la “injerencia a-comunal” o de aquellos sectores ajenos a los directamente investidos con el derecho de profesar la libertad en un territorio determinado.

La reglamentación que posibilite una precisa “aclaración de legitimación” debe establecerse a partir de la delimitación generacional que subsista en la comunidad, siendo los poseedores históricos de los territorios los que en primera medida son capaces legítimamente para discernir sobre el futuro social, político y económico del mismo, evidenciándose con ello el profundo vínculo existente entre una comunidad y su permanencia dentro de una región.

Una derivación de este mecanismo -aunque metodológicamente más flexible-, se precisa con la determinación de permanencia mínima en el territorio. Esta “aclaración de legitimación” no tiene otro fin que engendrar, de manera real, un reglamento que permita vislumbrar el consentimiento de una más nutrida y fluctuante “comunidad territorial”, protegiendo sus decisiones con el fin de cimentar su derecho esencial *prima facie* de discernir y decidir qué actividades se pueden llevar a cabo en su territorio, generándose a partir de estas decisiones los aportes cooperativos que cada comunidad brinda al conjunto social Estatal sin que este último a su vez viole el “derecho de esencia” a la autodeterminación que posee cada comunidad que lo integra.

Finalmente, el “acto de composición estructural internacional” rige su objetivo en la necesidad de consolidar el carácter de *ius cogens* a la consulta social, con el fin de que la misma sea distinguida por su aplicación sin ninguna excepción hacia las comunidades primariamente afectadas por un proyecto económico. Este acto derivaría posteriormente a la creación de normas y procedimientos directamente vinculados con el respeto al principio preventivo y precautorio.

Si bien es cierto, esta propuesta puede presentar -a primera vista- inconsistencias dentro del paradigma del daño social, derivado principalmente por el alcance del “interés colectivo” en contraposición al principio de “aclaración de legitimación”, siendo el objetivo del primero expandir el carácter subjetivo del derecho ambiental, esto es, el carácter supraindividual y de interés comunitario como consecuencia de algún daño colectivo, frente al objetivo del segundo, que se destina a precisar con mayor claridad que colectivo comunitario en específico es el directamente poseedor del derecho de autodeterminación en conexión con su territorio, se debe tener en cuenta que no obstante sus diferencias, los dos son paradigmas consistentemente integrales, pues de ninguna manera el “principio de aclaración” pretende desarticular la perspectiva de colectivización frente a los daños ambientales, sino por el contrario, hace partícipes a un mayor espectro de la sociedad para ser defensores de sus derechos reivindicando su carácter de víctimas conjuntas de los daños, así estos perjuicios no sean dentro de sus territorios (o fronterizos a los mismos), sin embargo, ello no implica la omisión de las decisiones deprecadas del principal regulador de la política social, económica y ambiental, en manos de la

comunidad asentada históricamente en el territorio, pues estos son finalmente aquellos quienes más protegerán la totalidad de su ambiente, ello claro, dentro de un marco regulador -que lo constituyen los principios *ius cogens* y demás normatividades marco que se presenten derivadas del “interés colectivo” nacional e internacional.

b. Aplicación irrestricta del principio de *state of the art* y *debida diligencia* (Principios *Caballo de Troya*)

Estos principios en su conjunto tienen dos objetivos específicos: el primero, consolidar objetivamente las “escalas de daño” frente al peligro ambiental, y el segundo, ser el “caballo de Troya” para la implementación científica del principio precautorio en las regulaciones normativas de los Estados. Empezaremos mencionando que el *state of the art*, al ser un mecanismo que desde el ámbito jurídico precisa la necesidad de incorporar los más avanzados mecanismos técnico-científicos que brinden al fallo judicial el sustento probatorio necesario acorde a los complejos requerimientos de los procesos jurídico-ambientales, brinda también en su aplicación los parámetros –hoy subjetivos, y por ende inexistentes- de lo que se debe considerar en plenitud como un daño ambiental, o en otras palabras, una infracción al interés colectivo del ambiente sano y la salud pública. Es necesario precisar que si bien existen regulaciones internacionales –en su mayoría proferidas por órganos adscritos a la ONU²²- que consolidan científicamente algunos parámetros de los máximos aceptados en ciertas sustancias que atentan la salud humana²³, las mismas no constituyen regulaciones precisas y sustanciales que permitan determinar con claridad que actividad, sin ser un daño catastrófico, constituye también un daño que infrinja intereses colectivos, al igual que el “principio de debida diligencia”.

En concordancia con lo mencionado, la “debida diligencia” surge como práctica necesaria que genera obligaciones a los Estados para distinguir claramente las actividades que producen o pueden producir un daño ambiental transfronterizo, acto que es imposibilitado por la inexactitud que el mismo principio le ha dado a su clasificación de daño (actualmente “daño sensible” y “daño catastrófico”). Uno de los progresos legales en la materia y procedente del desarrollo normativo latinoamericano, se ve reflejado en la constitución ecuatoriana²⁴, donde se constituyen tres niveles de daño: (1) “daño tolerable”, (2) “daño permitido o autorizado” y (3) “daño no permitido o no autorizado”. Tal y como podemos analizar, si bien encontramos que el aumento de niveles tampoco crea mayores aclaraciones de la especificidad del daño, también es cierto que esta clasificación ha dado un paso intermedio que permite distinguir y aceptar el impacto ambiental la gran mayoría de las

²² Entre ellos se encuentran la Organización Mundial de la Salud (OMS) y sus seis oficinas regionales. También hay que destacar las regulaciones expresadas por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos (EPA) y los informes de la Agencia Europea de Medio Ambiente.

²³ Algunos de los ejemplos más claros son los informes emitidos por la OMS, como lo es la última evaluación presentada por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC), ámbito especializado de la OMS, la cual confirmó la vinculación entre el herbicida glifosato y el cáncer, afirmando que produce daño genético en humanos. Con la nueva evaluación realizada en el mes de Marzo de 2015, el glifosato fue categorizado en el “Grupo 2A” (segundo en una escala de 1 a 5), concluyendo científicamente la OMS como una sustancia “Probablemente cancerígena para los seres humanos”.

²⁴ Establecidos dentro del marco constitucional del Artículo 14, y el Artículo 437 Código Penal y la Ley de Gestión Ambiental. Esta legislación se basa enfáticamente en lo regulado por la Ley alemana de Responsabilidad Medioambiental de 1990.

actividades humanas en el ambiente (daño tolerable), por lo que el Estado, si bien no precisará para estas acciones ordenamientos rígidos para la prohibición o limitación en su práctica, si deberá aplicar una constante política pública de observación y remediación frente a los daños acumulativos presentados en estas actividades cotidianas; así mismo, existen otras acciones que no sólo generan impacto ambiental y social, sino también, por su dimensión, repercuten en la destrucción ambiental, siendo distinguidas unas actividades de las otras en la capacidad de ser reparadas (daños permitidos), o no (daños no permitidos).

Es por ello que el gran objetivo se centraliza en imponer certidumbre científica en los “niveles de daño”, brindándose a su vez en esta clasificación un piso solido probatorio frente al riesgo de daño como un carácter no dogmático o académico, sino por el contrario, un mecanismo de comprobación científica frente a las consecuencias directas e indirectas deprecadas de cada actividad, siendo finalmente el mecanismo con el que se lograría una verdadera aplicación del principio de “debida diligencia”, y por ende convirtiéndolo en un mecanismo exigible por la ciudadanía y comunidades en legal y legítima aplicación del principio de “interés colectivo”.

c. Transformación del paradigma del daño ambiental –trasfronterizo-

Cumpliendo una misión conjunta con el establecimiento de los principios de “debida diligencia” e “interés colectivo”, la transformación del “paradigma del daño ambiental” no se subsana con la clasificación de los niveles de daño desde una perspectiva científica e irrefutable para cada caso –como lo acabamos de ver en el anterior capítulo-, sino más bien se dirige a vislumbrar la preocupación de algunos pensadores latinoamericanos sobre la necesidad de construir una propia estructura teórica del derecho, la cual, si bien puede admitir la actual influencia de las corrientes europea, norteamericana y en menor medida asiática y africana, sus precisiones deben ser autónomas, valga decir, propias del pensamiento y organización social latinoamericano dentro de un marco de respeto frente a la humanidad, y materializado en el derecho internacional y sus aparatos de justicia. Es así que la transformación del paradigma propuesto en este ítem tiene su génesis en la necesidad de reestructurar el modelo filosófico actual de “respeto hacia el otro”, traspasando las fronteras del respeto de su “ser material” y ampliarlo al “contexto del ser”, es decir, expandiendo los criterios de derechos exigibles restringidos en la persona como ciudadano, hacia los otros que se presentan directamente como catalizadores de derechos, los cuales son parte indispensable del ser humano y brindan en su conjunción el carácter completo de ciudadano, pues sin estos se eliminan, también se omite el medio que permite conseguir las metas individuales de cada ciudadano y en definitiva se produce la violación sistémica de los derechos del sujeto.

Al establecerse este “nuevo otro”, como ciudadano cuyas garantías son una extensa estructura de derechos, y por ende, de responsabilidades de garantía que el Estado debe hacer cumplir, también el Estado mismo se

dota, a nivel internacional, de poder suficiente para exigir el respeto de las condiciones que hacen viable el efectivo cumplimiento de los derechos que generan la existencia del ciudadano. Es así entonces que los derechos ciudadanos que debe garantizar el Estado -y en su cumplimiento su justificación existencial-, cabe resaltar, los de orden político y económico²⁵, no son realmente aplicables si otros países, sean o no fronterizos, incumplen y destruyen la base ambiental del existir humano. En tal sentido, la Resolución de la ONU para la “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” es la principal imagen de la restrictiva perspectiva legal internacional actual que vislumbra el daño ambiental como un daño incierto -sensible o catastrófico- y solo viable de forma trasfronteriza –limitando a los Estados su poder de reclamación con la existencia de daños materiales albergados dentro de sus fronteras y no por la afectación de intereses colectivos internacionales, mas alla q estos se encuentren ubicados en sus fronteras-, por lo cual esta debe ser, en principio, trasformada por una legislación internacional incluyente, tanto de vulneración de derechos materiales, como también de derechos que afecten los intereses colectivos, ello claro, con una dinámica diferente de reparación, teniéndose para ello en cuenta, -primero- el principio de “aclaración de legitimación” (siendo los principales beneficiarios los ciudadanos que albergan su derecho de autodeterminación, el cual es violado con el daño a su territorio) y -segundo- la necesaria creación de una institución que garantice que la reparación material corresponda directamente a la compensación del “interés colectivo” vulnerado, último aspecto que se acaba de desarrollar en el siguiente capítulo.

d. La óptima cristalización de una legislación internacional

Es claro que las instituciones internacionales surgen y evolucionan acorde a las dinámicas sociales existentes en su época, basadas estas en la coyuntura económica y política establecidas por las estructuras que tienen en ese momento el predominio de poder, no obstante, las trasformaciones ambientales y el posible colapso de la base existencial de la vida -bien caracterizada por el filósofo colombiano Sergio De Zubiría como la “destrucción ambiental” y no el simple “deterioro ambiental” (De Zubiría, 2014)- hacen imprescindible que se tomen medidas pensando en un futuro que no posibilita, hasta ahora, la reparación ambiental frente a los daños surgidos en el presente. Por tanto, la restructuración de la perspectiva de la legislación mundial sobre el “interés colectivo”, la “debida diligencia”, el aplicación del *state of the art*, entre otros, requiere la existencia de instituciones que rijan parámetros de respeto y efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales frente al ambiente, funciones que pueden cumplirse desde órganos internacionales existentes -añadiéndoles a estos nuevas responsabilidades-, y previniéndose la creación de nuevos en los casos donde sean necesarios dada la

²⁵ Dentro de estos se puede implícitamente articular los *DESC*, los cuales son parte integral de la consolidación de ciudadano, pero que siguen omitiendo las garantías base para la existencia de la vida, cuya inclusión -de concebirse dentro de los *derechos sociales* de los *DESC*- seguiría siendo limitada, dado a que los mismos van destinados a la protección de un conjunto que rodea a los derechos de primera generación (*civiles y políticos*), pero que aun así no se extienden hasta el punto de proteger la esencia de existencia de los demás derechos, de la estructura estatal y del mismo ciudadano, precisado -en la construcción del *nuevo otro*- en la preservación del ambiente.

particularidad de sus objetivos. Estos son algunos organismos que se ven necesarios para el abordaje de los temas discutidos en este texto:

- a- La practicidad que requiere la aplicación del *state of the art*, se ve reflejada en la existencia de un órgano autónomo que logre determinar científicamente que actividades han generado daños ambientales y a su vez -con este sustento- brindar resultados reales que se enmarquen en las clasificaciones de daño legal internacional. Por tanto, este nuevo órgano, si bien debe ser financiado por la ONU, no debe reflejar más que aspectos meramente técnico-científicos, mientras los órganos de justicia, principalmente la CIJ, podrán dirimir los resultados con base en la pragmática jurídica correcta.
- b- Es necesario de igual manera un organismo capaz de tasar los costos de la reparación ambiental, y aplicarlos eficientemente en los territorios afectados, los cuales, con supervisión de los Estados, brindaran los planes, procedimientos y cronogramas que generen la mejor reestructuración y recomposición ambiental del área afectada.
- c- Así mismo, es pertinente la formación de un brazo institucional adscrito a la Comisión de Derecho Internacional que profundice en cada Estado las directrices jurídicas basadas en el *principio precautorio, debida diligencia y autodeterminación social* aplicable a cada legislación, generando con ello los mecanismos propicios para la adecuada anexión a una política internacional de protección al ambiente como puntal máximo del respeto al *interés colectivo*.

Por último, es pertinente concluir que el caso “Las Pasteras” continuará siendo un “hito sin eco”, en el que su grandeza se deriva más por las omisiones de parte de la CIJ hacia la construcción de una estructura integral del derecho internacional frente a la protección del ambiente como “bien e interés común”, que por la aplicación esquemática de los principios, que si bien son los contextualmente aceptados, no incurrieron de ninguna manera en la expansión de preceptos doctrinales -debida diligencia, principio precautorio, consulta social, *state of the art*, reparación a derechos transindividuales, entre otros- requeridos en el legado jurisprudencial y coactivo de la Corte, perdiéndose de esta manera la posibilidad de hacer de los mismos obligaciones cada vez más cercanas y palpables, y no una sencilla filosofía del “deber ser” de la justicia ambiental y social mundial.

REFERENCIAS

- Berros, MARÍA VALERIA. Conferencia “Pensamiento de la Racionalidad científica hacia el buen vivir”. Buenos Aires, Marzo de 2015.
- Banco Mundial. OP 4.01, Reforma de Préstamos de Inversión: Modernización y Consolidación de Políticas y Procedimientos Operacionales. Abril de 2013.

- Crespo Plaza, RICARDO. “Análisis comparativo con legislación internacional sobre la aplicación de la responsabilidad en materia ambiental”. Quito, Octubre de 2012.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano, Declaración de Estocolmo. Junio de 1972, Suecia.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río. Junio de 1992, Brasil.
- Corte Internacional de Justicia. 13 de Julio de 2006. Ordenanza que establece Medidas Cautelares caso Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay, ARGENTINA c. URUGUAY.
- Corte Internacional de Justicia. 20 de abril de 2010. Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay, ARGENTINA c. URUGUAY.
- Compliance Advisor Ombudsman, CAO. Informe Anual 2005-06. Febrero de 2007.
- De Zubiría, S. Conferencia Conflicto armado en Colombia. Universidad de Nariño, Junio de 2014.
- Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2012). Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos.
- Estatuto del Río Uruguay. Febrero de 1975.
- Ecuador. Congreso Nacional, Comisión de Legislación y Codificación. (10 de Septiembre de 2004) Ley de Gestión Ambiental.
- Kelsen, H. (1935). “Reine Rechtslehre” - Teoría pura del Derecho. Buenos Aires: Porrúa.
- Naciones Unidas, Resolución Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas presentado por la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General. Julio de 2001.
- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre de 1966.
- Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Junio de 1945.
- Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Mayo de 1969, Viena.
- Naciones Unidas. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002, 2003-2007. 2008. Enero de 2010.
- Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas. Junio de 1945.

Soto Valverde, MAX. Principios Generales de derecho internacional del medio ambiente. Organización de Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentosspa/ModuloII/Soto%20Article.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Junio de 1989.