
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández
Editores



Johana Pesántez Benítez
Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo

Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

Mercedes Amanda Córdor Salazar
Carolina Silva Portero
Jorge Vicente Paladines
Danilo Caicedo Tapia
Viviana Jeaneth Pila Avendaño
Tatiana Hidalgo
Yolanda Pozo

Corrección de estilo

Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9942-07-044-9
Derechos de autor: 036463
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: julio 2011

Las opiniones contenidas en este libro son de exclusiva responsabilidad de sus autores, por lo tanto no representa necesariamente la posición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Contenido

Presentación	vii
<i>Johana Pesántez Benítez, Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández</i>	

Parte I. Fundamentos

La naturaleza como persona: de la <i>Pachamama</i> a la <i>Gaia</i>	3
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
El derecho de la naturaleza: fundamentos	35
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución	75
<i>Raúl Llasag Fernández</i>	

Parte II. Del derecho humano al medio ambiente a los derechos de la naturaleza

Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador	95
<i>Eduardo Gudynas</i>	
De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la madre tierra en debate	123
<i>Mario Melo</i>	
Derechos Humanos y recursos naturales	139
<i>Silvia Jaquenod de Zsögön</i>	
Recuperando lo que hay de Ambiental acerca del Derecho Ambiental	169
<i>Richard J. Lazarus</i>	

La iniciativa Yasuní - ITT como materialización de los derechos de la naturaleza	209
<i>Mercedes Cóndor Salazar y Mario Aguilera Bravo</i>	

Parte III. Contenido del derecho y aspectos procesales

La naturaleza: objeto o sujeto de derechos.....	245
<i>Belkis Josefina Cartay Angulo</i>	
¿Tienen los humanos legitimación para negarle derechos a la naturaleza?.....	261
<i>Cormac Cullinan</i>	
Del crecimiento ilimitado y otras manías	281
<i>Camilo Pérez Fernández</i>	
Responsabilidad hacia las generaciones futuras (en el contexto de la crisis ecológica)	329
<i>Jorge Reichmann</i>	
Bioprospección, propiedad intelectual y dominio público.....	371
<i>Joseph Henry Vogel</i>	
Nota biográfica de autoras y autores	393

Recuperando lo que es Ambiental acerca del Derecho Ambiental*

Richard J. Lazarus

Traducción al español: Carlos Espinosa Gallegos - Anda

Sumario

I. Lo que es ambiental acerca del Derecho Ambiental – La naturaleza del daño ambiental. II. Desafíos para el Derecho y la creación de leyes. 2.1. Doctrina legal. 2.2. Instituciones y procesos creadores de leyes. 2.3. Convencer a los Magistrados. III. Bibliografía.

Existen tres procesos lógicos para recuperar lo que es ambiental, acerca del derecho ambiental en la Corte Suprema. El primero, por supuesto, consiste en identificar las características de los conflictos ambientales que presentan especial dificultad en su resolución. Un análisis posterior sugiere varias de estas características, las cuales se señalan en detalle a continuación.

El segundo proceso es relacionar cada una de estas características del conflicto ambiental con la creación de un régimen legal. ¿Qué clase de desafíos presentan ciertas áreas del derecho? ¿Cómo constituyen un desafío a los procesos legislativos y a determinadas instituciones? Los desafíos en cuestión, se presentan como la causa de aquellas incidencias legales que son el resultado

* Publicada Originalmente en la 47 UCLA Law Review 703 (2000).

inevitable del surgimiento del derecho ambiental a lo largo de las últimas tres décadas.

El tercer proceso es persuadir a los Magistrados¹ de que han prestado muy poca atención a estos desafíos cuando la Corte² ha resuelto dichas incidencias. Los primeros dos procesos son de resolución teórico abstracta. El último se caracteriza por ser de naturaleza estratégica. Considerando las severas limitaciones estructurales dirigidas a los esfuerzos por alcanzar cambios de actitud en los Magistrados, se prevé que aún es posible obtener los objetivos del Derecho Ambiental. Cada uno de los tres procesos es descrito a profundidad en las siguientes páginas.

I. Lo que es ambiental acerca del Derecho Ambiental – La naturaleza del daño ambiental

Lo que hace distintivo al Derecho Ambiental se puede atribuir en gran parte a la naturaleza del daño que la legislación de protección ambiental busca reducir, minimizar o en ocasiones prevenir completamente. Al Derecho Ambiental le concierne en primera instancia los impactos en el entorno natural. De modo que, a pesar de que a cierta legislación ambiental le preocupa los efectos en la salud humana, al igual que muchas otras leyes —por ejemplo aquellas relacionadas con alimentos, fármacos, prevención de riesgos laborales, Medicare y programas de asistencia social—, al Derecho Ambiental le concierne únicamente los efectos en la salud humana, como resultado de los daños provocados en el entorno natural. De igual manera, a muchas leyes ambientales les preocupa únicamente los daños ambientales y no los posibles riesgos a la salud humana.

Por ello, un denominador común del Derecho Ambiental es el daño ecológico, el cual se presenta como umbral y enfoque exclusivo de la ley. Aquel denominador común es de igual manera la fuente primaria de los particulares desafíos que presenta el Derecho Ambiental al momento de ser regulado.

1 Con referencia a los Magistrados que conforman la Corte Suprema de los Estados Unidos. (Nota del Traductor.)

2 Con referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos. (Nota del Traductor.)

El daño ecológico presenta varias características recurrentes, las cuales hacen que su reparación mediante la ley algo sumamente complejo. Dichas características se refieren tanto a la “causa” como al “efecto” del daño, cada una de las cuales inevitablemente se convierte en un punto de referencia dentro de cualquier sistema que busque regular la protección ambiental. Algunas de las características más evidentes se discuten a continuación.

1. Daño continuo catastrófico e irreversible: al Derecho Ambiental a menudo le preocupa tratar de evitar los resultados irreversibles o catastróficos. La destrucción de un acuífero del cual depende una comunidad para su suministro de agua potable, la erosión del suelo destinado a la agricultura que tardó siglos en adecuarse o la destrucción de la capa de ozono no son escenarios que deben tomarse a la ligera. La trascendencia de estas posibilidades a su vez tornan cualquier error en las decisiones adoptadas tremendamente costosas. Si bien los errores son costosos, la demora en la adopción de decisiones puede de igual manera resultar perjudicial. De manera tal que hasta la mejor resolución puede resultar ineficiente si ésta se adopta demasiado tarde para evitar los sucesos que inexorablemente llevarán a un desastre ecológico.

Finalmente, un rasgo común del daño ambiental es su naturaleza continua. El Derecho Ambiental debe responder al daño que se incrementa con el paso del tiempo. El daño es dinámico y no de naturaleza estática. Un derrame de crudo que reciba una respuesta pronta puede ser confinado a dimensiones manejables. De igual forma de no ser atendido con prontitud, el mismo puede rápidamente aumentar en proporciones exponenciales, hasta alcanzar dimensiones abrumadoras. Aquellos ordenamientos legales cuya naturaleza es precavida, y por ende lenta, no logran responder con la rapidez necesaria dentro del contexto ecológico.

2. Daño físicamente distante: el daño ecológico es a menudo imposible de confinar a un espacio físico determinado. Las acciones realizadas en un lugar pueden tener efectos substancialmente adversos en lugares remotos. Esto puede deberse a que los contaminantes viajan de un lugar a otro, puede ser de igual manera, el resultado del impacto de actividades ad-

versas en un lugar determinado de las cuales dependen muchas comunidades en una misma región.

El largo alcance de contaminantes en el aire es un ejemplo de dicho impacto³. La capa de ozono en la atmósfera superior ejemplifica las implicaciones transfronterizas de la degradación de un recurso común, tal como la destrucción de la capa de ozono debido a las actividades realizadas en una parte del mundo puede tener consecuencias ambientales y, en otras partes del planeta, en la salud humana⁴. El calentamiento global presenta una dimensión física similar⁵.

Para cualquiera de las dos, los desafíos que se presentan al momento de establecer cualquier tipo de regulación son enormes, especialmente porque los costos del control se imponen en un área y los beneficios se disfrutan en otra muy distinta. Una distribución tan dispar entre costo y beneficio hace a la adopción, implementación y ejecución de una regulación transfronteriza extremadamente difícil⁶. Esto sin duda es cierto para el escenario internacional, pero aún más cierto para las causas y efectos entre estados y condados que se resisten a las soluciones políticas.

3. Daño distante en el tiempo: gran parte del daño que el Derecho Ambiental busca afrontar no es inminente. En ciertos casos los actos perpetrados hoy pueden desencadenar el daño, que en sí mismo solo será expuesto en un futuro lejano. Algunas veces el daño se mostrará en el presente pero inexorablemente se incrementará con el paso del tiempo. A medida que se presente el carácter temporal del daño ambiental, el daño en términos prácticos puede tornarse irreversible y con ello puede colapsar la primera característica del daño ecológico, descrita anteriormente⁷.

3 Véase Marvin S., Sorbos, "The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons", 1997, pp. 38-42.

4 Véase Brown Weiss, Edith *et al.*, "International Environmental Law and Policy", 1998, pp. 641-648.

5 *Ibidem*, pp. 679-690.

6 Véase Thomas, W. Merrill, "Golden Rules for Transboundary Pollution", 46 Duke, L. J. 1997, pp. 931, 932, 968-971.

7 La noción tradicional de la dicotomía presente/futuro en el Derecho Ambiental es refutado de forma persuasiva por Lisa Heinzerling, quien demuestra que en la realidad los resultados beneficiosos de la regulación ambiental no ocurren dentro de un solo espacio temporal, sea éste presente

Esta característica temporal del daño ecológico presenta un desafío a la doctrina legal y su regulación de forma análoga a las características “físicamente distantes” discutidas anteriormente. De igual manera la distribución dispar se presenta aun más problemática pues los beneficios a ser disfrutados redundarán generalmente en las generaciones futuras, las cuales carecen de representación dentro de los escenarios reguladores. Estos efectos generacionales levantan serios cuestionamientos con relación a lo acertado que resulta el “descontar” el valor de beneficios futuros (incluyendo vidas humanas) al seleccionar controles ambientales hoy en día⁸. Aún más fundamental es, sin embargo, como la dimensión intergeneracional del daño ecológico levanta dudas acerca de la responsabilidad moral que las generaciones presentes tienen al momento de salvaguardar los intereses de las generaciones futuras⁹.

4. Incertidumbre y riesgo: existe mucha incertidumbre relacionada con el daño ambiental, lo cual representa desafíos aún mayores al momento de regularlo¹⁰. La primera razón de que exista incertidumbre, es la mera

o futuro, uno en exclusión del otro. (...) Las consecuencias beneficiosas del Derecho Ambiental que van de reducir el riesgo a prevenir enfermedades, a posponer la muerte son expuestas a lo largo de lapso temporal que va del presente inmediato al futuro lejano (...); Heinzerling, Lisa, “Environmental Law and the Present Future”, 87 GEO, L. J. 1999, pp. 2025-2026; Heinzerling además describe como “*el presente y el futuro son tanto interactivos como secuenciales y como su interacción trabaja en ambas direcciones: el futuro alcanza el presente, y el presente alcanza al futuro*”. Un ejemplo de lo anterior es la ansiedad en el presente (incluyendo las consecuencias a la salud humana con relación a una lesión futura); dichas consecuencias se representan por el largo intervalo entre la primera exposición a una sustancia peligrosa y la manifestación clínica de la enfermedad (véanse páginas 2026-2027). Esa causa y efecto sin embargo no puede ser adecuadamente descrita dentro del Derecho Ambiental por un análisis directo aplicado en función de la dicotomía presente/futuro, pues no elimina los desafíos que postula la característica temporal del daño ambiental con relación al proceso regulatorio. Una descripción más sofisticada de la característica temporal, por el contrario, incrementa los desafíos presentados.

- 8 *Ibidem*, pp. 2069-2074; Heinzerling, Lisa, “Discounting Our Future”, 34 L. Rev. 39, 1999, pp. 39-40; además véase J. Donohue John, “Why We Should Discount the Views of Those Who Discount Discounting”, 108 Yale Law Journal, 1999, pp. 1901-1903.
- 9 Véase Brown Weiss, Edith, “The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity”, Ecology L. Q. 495, 1984, pp. 499-502. De manera general en Brown Weiss, Edith, “In Fairness To Future Generations”, 1989.
- 10 Véase A. Latin, Howard, “The ‘Significance’ of Toxic Health Risks: An Essay on Legal Decision-making Under Uncertainty”, 10 Ecology Law Quarterly. 339, 1982, pp. 339-340.

complejidad del medioambiente y, en consecuencia, cuanto se desconoce aún acerca del mismo. Esta incertidumbre se expresa a sí misma en nuestra incapacidad de poder predecir el impacto ambiental de ciertas acciones. De igual manera socava nuestra habilidad de aprehender, después del suceso, cuál fue la causa de determinados impactos ambientales.

El resultado inevitable es que aquellas leyes ambientales que buscan prevenir el daño están dirigidas al riesgo y no al impacto ambiental generado. Ello se traduce en que aquellas leyes que buscan asignar responsabilidades por daños que ya han ocurrido, se encuentran seriamente limitadas en su habilidad de hacerlo. Debido a que la preocupación central del Derecho Ambiental es el riesgo, existen dimensiones inherentemente psicológicas al daño que se busca corregir. El daño no se encuentra limitado a aquello que ocurre únicamente si el riesgo se concreta. A menudo, existe un daño psicológico como resultado del riesgo en sí mismo, sin importar si se realizó o no. Por esta misma razón si no se logra percibir la dimensión psicológica, uno puede incrementar el daño asociado incluso cuando la probabilidad numérica de que se realice el daño permanezca igual.

5. Causas múltiples: el daño ecológico rara vez es producto de una sola acción aislada en el tiempo. Ello si ponemos de lado aspectos relacionados con la incertidumbre de que los daños ambientales son típicamente el resultado acumulativo y en sinergia de múltiples acciones, normalmente extendidas a lo largo de un espacio y tiempo considerable. Esto podría atribuirse a la asociación que existe de manera inherente en cualquier fuente de recursos naturales lo cual, en consecuencia, es el causante de tantos resultados simultáneos y esporádicos a lo largo de diferentes tiempos y lugares.
6. Carácter no-económico y no-humano: muchos de los daños ambientales que resultan de la degradación del medioambiente no son susceptibles de una valoración monetaria, y a su vez poseen un carácter distintivamente no-humano; no análogo en el mercado que sea fácilmente identificable. El carácter no exclusivo de los recursos naturales a menudo en peligro es uno de los factores determinantes en la dificultad existente al momento

de valorarlos. En términos más generales, la decisión de proteger un interés ecológico se puede haber adoptado sin que exista noción alguna de un valor económico. Puede en algunos casos estar simplemente enraizado en la incertidumbre y preocupaciones relacionadas con los posibles efectos adversos en la salud —por ejemplo después de que se revelase que el ADN de una subespecie de mosca puede curar el resfriado común—. Por el contrario puede ser, y usualmente lo es, debido a razones de mayor trascendencia como el que existen ciertos resultados —como la extinción de las especies o la destrucción de ciertos recursos— que la humanidad debe tratar de evitar pues los mismos trascienden su legítima autoridad¹¹.

Otro tipo de daño que se resiste a cualquier tipo de valoración económica son los efectos adversos en la salud humana producto de la degradación del medioambiente, a pesar de que este problema es un elemento compartido por toda ley diseñada para salvaguardar la salud humana. Para algunos economistas, toda aflicción en la salud humana debe ser susceptible de una valoración económica por la simple razón de que siempre existirá un costo de oportunidad al momento de asignar recursos sociales limitados. Nada posee un valor infinito, y toda decisión tiene un costo de oportunidad relacionado con las oportunidades perdidas. Sin embargo, ciertas leyes ambientales reflejan una filosofía diferente que postula que existen ciertos efectos adversos en la salud humana que presuntamente escapan la capacidad de regulación de los legisladores. Para quienes comparten dicha filosofía política, la valoración económica y el costo-beneficio no son tópicos legítimos al momento de discutir políticas públicas. A lo mejor es esta dimensión normativa del daño ecológico que resulta ser la más difícil. La dimensión ambiental del Derecho Ambiental profesa que las dimensiones no-humanas y no-monetarias del daño ecológico no solo existen, sino que merecen protección. Las mismas reflejan valoraciones positivas al momento de definir cómo los integrantes del poder ejecutivo, legislativo y judicial se encuentran comprometidos

11 Véase Anderson, Frederick R., *Environmental Protection: Law and Policy*, Third edition, 1999. “La motivación primaria de la protección ambiental no es el mejoramiento de la dignidad humana, sino la necesidad de la humanidad por subordinarse a dos comunidades sin personería jurídica, la primera compuesta por las generaciones futuras de la humanidad y la otra por los ecosistemas no-humanos”.

dos con las responsabilidades inherentes a sus facultades de crear leyes y políticas públicas.

II. Desafíos para el Derecho y la creación de leyes

Debido a estas variadas características del daño ambiental, los desafíos para construir un régimen legal destinado a la protección ambiental son considerables. Algunos de estos desafíos afectan áreas sustantivas del derecho. Otros pertenecen más al proceso de creación de leyes y las instituciones relacionadas, que a un área determinada del derecho. En ciertas circunstancias la apreciación detallada de los desafíos relacionados puede perfectamente justificar la modificación de la legislación vigente o la forma en que operan determinadas instituciones encargadas de elaborar leyes, confinando las modificaciones al contexto del derecho ambiental. No obstante, en otras circunstancias las lecciones que deben ser aprendidas del derecho ambiental tienen un alcance mucho más extensivo. Las mismas sugieren que ámbitos enteros del derecho, o que la forma en que operan ciertas instituciones involucradas en la elaboración de leyes, deben ser replanteadas.

2.1. Doctrina legal

El número de áreas del derecho que convergen con el derecho ambiental es tan extenso y vasto, que una discusión a profundidad no puede ser abordada en este momento. Las cuatro áreas brevemente mencionadas a continuación —Artículo III legitimación procesal¹², propiedad, cláusula de comercio¹³, derecho corporativo— son simplemente ilustrativas. Una narrativa similar

12 Nota del Traductor: se refiere al artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América. La misma impone la necesidad de demostrar una conexión con el daño provocado para poder tener legitimación procesal al momento de iniciar un proceso judicial. Véase *Fairchild v. Hughes*, 258 U.S. 126 (1922).

13 Nota del Traductor: se refiere al artículo I de la Constitución de los Estados Unidos de América. Hace referencia al poder del Congreso de promulgar leyes que afecten el comercio interestatal; ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Véase *Gibbons v. Ogden*, 22, 1 U.S. (1824).

podría redactarse con relación a otras áreas transversales del derecho¹⁴, como es el caso del concurso de acreedores¹⁵, legislación referente a los derechos civiles¹⁶, derecho penal¹⁷, seguros¹⁸, reparación¹⁹, títulos valor²⁰ o la responsabilidad extra contractual²¹.

Artículo III Legitimación Procesal: la legitimación procesal representa una parte de la doctrina legal de peculiar relevancia para el daño ambiental. La legitimación procesal debe motivarse por la existencia de un “daño” que “fundamente” la demanda y siempre que éste haya sido perpetrado por la parte pasiva en el proceso, siendo el daño identificable a lo largo del proceso²². Se puede relacionar las características especiales del daño ambiental a cada una de estas interrogantes: daño, causa y reparación.

El manejo que la Corte²³ ha dado a la legitimación procesal en los casos de derecho ambiental demuestra, sin embargo, poca apreciación —o entendimiento— acerca de la naturaleza del daño ambiental. Para estar seguros, la Corte inicialmente expandió lo que se comprendía como legitimación pro-

14 Véase Lazarus, Richard J., “Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law”, 83 *Geo. L.J.* 2407, 1995, pp. 2415-2416.

15 Véanse Elgart Mirsky, Arlene, “The Interface Between Bankruptcy and Environmental Laws”, 22 *Chemical Waste Litig. Rep.* 311, 1991; P. DeMoss, Douglas, “The Bankruptcy Code and Hazardous Waste Cleanup: An Examination of the Policy Conflict”, 27 *William and Mary Law Review*. 165, 1985.

16 Véanse Foster, Sheila, “Justice from the Ground Up: Distributive Inequities, Grassroots Resistance, and the Transformative Politics of the Environmental Justice Movement”, 86 *Columbia Law Review*. 775, 1998; Lazarus, Richard J., “Pursuing ‘Environmental Justice’: The Distributional Effects of Environmental Protection”, 87 *Nw. U. L. Rev.* 787, 1993.

17 Véase Lazarus, Richard J., “Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law”, 83 *GEO. L.J.* 2407, 1995, pp. 2415-2416.

18 Véase S. Abraham, Kenneth, “Environmental Liability and the Limits of Insurance”, 88 *Columbia Law Review*, 942, 1988.

19 Véanse Farber A., Daniel, “Equitable Discretion, Legal Duties, and Environmental Injunctions”, 45 *University of Pittsburgh Law Review*, 513, 1984; Plater Zygmunt J.B., “Statutory Violations and Equitable Discretion”, 70 *Columbia Law Review*, 524, 1982.

20 Véanse Wallace, Perry E., “Disclosure of Environmental Liabilities Under the Securities Laws: The Potential of Securities-Market-Based Incentives for Pollution Control”, 50 *Wash. & Lee L. Rev.* 1093, 1993; Williams, Cynthia A., “The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency”, 112 *Harvard Law Review*, 1197, 1999.

21 Véase Brennan, Troyen A., “Environmental Torts”, 46 *Vanderbilt Law Review*, 1993, p. 1.

22 *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464, 471-74 (1982).

23 Nota del Traductor: se refiere a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

cesal para incluir la estética de los daños frecuentemente en disputa dentro de los procesos sobre derecho ambiental²⁴. De igual manera, la Corte tomó en consideración el carácter inevitablemente incierto y especulativo de este tipo de daños, en particular aquellos casos más atenuados que demostraban un nexo causal entre acto y daño²⁵.

En tiempos más recientes, sin embargo, la Corte decididamente se ha retrotraído de sus planteamientos originales²⁶. Tomando principios de la legitimación procesal típicamente anunciados en otros contextos legales²⁷, para luego aplicarlos de forma rígida en el escenario del derecho ambiental. Virtualmente no se ha hecho ningún esfuerzo por considerar las características del daño ecológico, tales como la incertidumbre en la producción del daño, su carácter no-económico y la falta de representación de las futuras generaciones, lo cual convierte una aplicación rígida en inapropiada. Hasta hace poco²⁸, la tendencia en los fallos de la Corte ha sido tan brusca y desproporcionalmente perjudicial para los intereses medioambientales que el magistrado Blackmun cuestionó abiertamente, el porqué la Corte de forma sistemática desfavorecía a los demandantes en juicios ambientales al aplicar causales de legitimación procesal²⁹.

24 *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 734 (1972).

25 *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, 412 U.S. 669, 686-88 (1973).

26 *Steel Co. v. Citizens for a Better Env't*, 523 U.S. 83, 102-04 (1998); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 559-62 (1992); *Lujan v. National Wildlife Fed'n*, 497 U.S. 871, 882-89 (1990).

27 *Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org.*, 426 U.S. 26 (1976); *O'Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488 (1974); *Linda R.S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973).

28 Instantes antes de que este artículo fuese a imprenta, la Corte Suprema dictó sentencia en *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Env'tl. Servs.* U.S. Jan. 12, 2000. La Corte rechazó de forma dramática las alegaciones de falta de legitimación procesal presentada por la industria en contra de la legitimación procesal activa presentada por *Friends of the Earth*, la cual se fundamentaba en la *Clean Water Act* de 1977, Pub. L. No. 95-217, 91 Stat. 1566. La decisión de la Corte marcó un hito al señalar un significativo retroceso en el precedente anteriormente fijado, que rechazaba la legitimación procesal activa en casos similares. A pesar de los actos de la Corte, ello no significa que exista una separación de la tesis defendida a lo largo de este artículo. El resultado favorable obtenido en *Friends of the Earth* es producto de un esfuerzo litigioso estratégico y coordinado a favor de la protección ambiental similar al que se aboga y busca instaurar en este artículo.

29 *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. pp. 606 (voto disidente Blackmun, J.) ("*No puedo acompañar a la Corte en lo que en definitiva es una expedición por eliminar la legitimación procesal en los casos de protección ambiental*"). Véase Echeverría, John D. & Jon T. Zeidler, "Barely Standing: The Erosion of *Citizens v. United States* 'Standing' to sue to Enforce Federal Environmental Law" Georgetown University

Por ejemplo, la Corte requiere que el demandante que alegue un daño al medioambiente, como sería tal vez el infringido a una especie animal, posea una relación directa, profesional o física particularizada con la especie en cuestión³⁰. Con ello, la Corte rápidamente deniega la legítima conexión psicológica y emocional que el Congreso buscó legitimar cuando promulgó la Ley sobre Especies en Peligro de Extinción —ESA por sus siglas en Inglés— y la legitimación procesal activa que la misma otorgaba³¹.

El nexa causal establecido por la Corte para determinar la existencia de un daño, de igual manera, no logró tomar en cuenta la naturaleza del daño ecológico. Impulsadas por el reciente precedente de la Corte, negando la legitimación procesal activa de la ciudadanía, al tratarse casos de protección ambiental, muchas instancias inferiores se han negado a aceptar el incierto nexa causal asociado a gran parte de los daños ambientales. Las mismas exigen que el demandante no solo demuestre la existencia de un daño, sino que además logre probar que ese determinado daño causará efectos en el medioambiente que consecuentemente causarán un daño o lesión particular al demandante³². Lo anterior no solo es extremadamente difícil de probar debido a la incertidumbre científica y la complejidad del medioambiente sino, además, contradice los postulados que el Congreso estableció en la Ley de Agua Limpia —Clean Water Act— y la Ley de Aire Limpio —Clean Air Act—, el legislativo deliberadamente decidió que una violación de cualquiera de sus

Law, Ctr. Envtl., Policy Project 1999.

30 *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 559-62 (1992).

31 Al promulgar la ESA, el Congreso no estaba únicamente respondiendo a los limitados intereses categóricos de aquellos pocos individuos que posiblemente hayan planificado de manera inmediata viajar al lugar donde una especie se encuentra, para de esa forma interactuar con sus miembros. Por el contrario, el Congreso estaba respondiendo a la concepción más amplia de individuos que están profundamente interesados en la sobrevivencia de una especie por un sinfín de razones, que van desde el interés científico a la profundamente enraizada responsabilidad de la humanidad hacia otras especies. Tales preocupaciones individuales no necesariamente deben basarse en los recursos personales necesarios para efectivamente viajar a un determinado lugar o una comunión psicológica con la especie. Por sus propios términos la ESA explícitamente autoriza a las personas para presentar demandas, otorgando legitimación procesal activa para iniciar procesos en contra de quienes violen sus disposiciones, sin restringir en ningún momento el tipo de daño necesario para que exista legitimación procesal.

32 *Friends of the Earth, Inc. v. Gaston Copper Recycling Corp.*, 179 F.3d 107, 113 (4th Cir. 1999); *Public Interest Research Group, Inc. v. Magnesium Elektron, Inc.*, 123 F.3d 111, 119-25 (3d Cir. 1997); *Florida Audubon Soc’y v. Bentsen*, 94 F.3d 658, 666-72 (D.C. Cir. 1996).

disposiciones no requería que se demuestre un impacto ecológico. Actuó intencionadamente de esa manera por la inmensa dificultad que significa lograr probar dichos elementos y por la política interna del Congreso de evitar tales peligros. Al exigir que el demandante pruebe la existencia de un daño para ser titular de legitimación activa, la Corte no solo ignora la naturaleza del daño ecológico, sino que además frustra la motivación del Congreso y levanta una serie de preocupaciones sobre la efectiva separación de poderes³³.

Similares tensiones se han suscitado debido a los recientes esfuerzos de la Corte Suprema por revigorizar los requisitos de la legitimación activa. La exigencia de la Corte de probar la “inminencia” del daño es difícil en aquellos casos en los cuales el daño ecológico en cuestión por naturaleza se extiende a lo largo del tiempo³⁴. De esa forma, dos problemas se presentan al aplicar nociones más estrictas de la Corte acerca de la “reparación”³⁵. Si de acuerdo

33 Pierce, Richard J. Jr., “Causation in Government Regulation and Toxic Torts”, 76 WASH. U. L.Q., 1998, pp. 1307 y 1336.

34 Véanse Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 559-62 (1992); la Corte recientemente ha descrito que el requerimiento de “inminente” significa que el daño sea “ciertamente inminente” (véase Whitmore v. Arkansas, 495 U.S. 149, pp. 158, 1990), además ha exigido que “el daño proceda con un alto grado de inminencia, para de esa forma evitar el resolver un caso en el cual ningún daño se haya producido”. (Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S.). Como se ha descrito anteriormente (véanse notas anteriores), el daño ecológico rara vez posee ese grado de certeza o la inmediatez temporal que la Corte aparentemente sugiere por mandato constitucional por medio del artículo III para que un demandante posea legitimación activa.

35 Véase Lujan, 504 U.S. pp. 568-571. La Corte describe que para que exista reparación el daño debe ser “probable” y no meramente “especulativo” para que se pueda obtener una “decisión favorable”. Véase Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Org., 426 U.S. pp. 26, 38, 43, 1976. Porque a pesar de que el daño ecológico rara vez puede ser rastreado a un solo actor, sino que por el contrario es el resultado de los efectos acumulativos de múltiples actores sujetos a diferentes jurisdicciones, el probar la existencia del daño se vuelve difícil de sustentar. Recientemente la Corte ha fundamentado su exigencia de demostrar el nexo causal del daño para otorgar legitimación procesal en casos como *Steel Co. v. Citizens for a Better Environment*, 523 U.S. 83 (1998), alegando que la disposición legislativa de que exista una legitimación activa indeterminada es inconstitucional pues no logra satisfacer los requerimientos de probar un nexo causal con el daño —ya que las multas cobradas van al Tesoro de los Estados Unidos y no al demandante—. Véase *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Envtl. Servs. (TOC), Inc.*, No. 98-822, 2000 U.S. LEXIS 501 (U.S. Jan. 12, 2000).

En el fallo de *Friends of the Earth*, la Corte se rehusó a cuestionar la constitucionalidad del umbral del daño presuntamente debido a que las instancias inferiores no se habían pronunciado o emitido fallo al respecto y, además, porque las partes no lo habían presentado ante la Corte Suprema. La opinión disidente del magistrado Scalia acompañado por el magistrado Thomas en *Friends of the Earth*, sin embargo reflejan esas preocupaciones constitucionales. “*La nueva regulación sobre la legitimación activa, al expandirse ésta más allá de los límites constitucionales, tiene graves*

a como suele ocurrir en el daño ecológico, no existe una sola acción e impacto, sino una serie de nexos causales interrelacionados con los actores y actos, se vuelve muy especulativo decir que la remediación en contra de cualquiera de los posibles causantes sea consecuente con la posibilidad de asegurar la necesaria reparación.

Derechos a la Propiedad: la naturaleza del daño ambiental, de igual manera crea considerable presión para cambiar la doctrina referente al derecho de propiedad. Las restricciones impuestas para confrontar los daños ecológicos indudablemente limitan los derechos del ejercicio de la propiedad privada cuando se trata de recursos naturales³⁶. Estas limitaciones alteran, en algunos casos severamente, las expectativas económicas esperadas de dichos recursos. Las repercusiones en las distribuciones son considerables y, además, sirven para avivar los conflictos en varios escenarios políticos, donde se discute cómo los derechos de la propiedad privada en relación con los recursos naturales deben ser definidos y protegidos. En circunstancias extremas, aquellos que están del lado de quienes pierden en la aplicación de políticas públicas, presentan demandas refutando las limitaciones resultantes a sus derechos de ejercicio a la propiedad privada al ser limitaciones inconstitucionales de la Quinta Enmienda³⁷, por lo que justa compensación es requerida³⁸.

implicaciones para el gobierno democrático". Más trascendencia a pesar de formar parte del voto mayoritario en Friends of the Earth, el magistrado Kennedy redactó su opinión por separado con la clara intención de reconocer "la dificultad de las interrogantes que se suscitan cuando nos preguntamos si al autorizar el cobro de multas por ciudadanos particulares ello es permisible por la constitución y es amparado bajo las responsabilidades encomendadas al poder Ejecutivo de acuerdo al artículo II de la Constitución de los Estados Unidos de América". El magistrado Kennedy concluyó que estos asuntos serían pertinentes resolverlos en un futuro caso debido a que "las interrogantes que aquí se suscitan ciertamente no fueron identificadas de manera particular; y además ni siquiera la Corte de Apelaciones al emitir su fallo o las partes interesadas al presentar su caso ante la Corte dedicaron atención específica a este asunto".

- 36 Véanse Byrne Peter J., "Green Property, 7 CONST. COMMENTARY 239", 1990, pp. 241-243; Hunter David B., "An Ecological Perspective on Property: A Call for Judicial Protection of the Public's Interest in Environmentally Critical Resources", 12 HARV. ENVTL. L. REV, 1988, pp. 311, 312-13.
- 37 Enmienda V: Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le completará a declarar contra

La controversia alrededor de los derechos de la propiedad se agrava debido a la incierta naturaleza del daño ecológico que sirve como base para las restricciones ambientales. Una incertidumbre de este tipo hace difícil que quienes abogan por estas restricciones las logren justificar dentro del escenario político o judicial³⁹. Debido especialmente a que las limitaciones deben ser impuestas para evitar resultados catastróficos o irreversibles, la restricción debe existir antes de que se pueda tener certeza de su necesidad o eficiencia.

Precisamente debido a que dichas restricciones se fundamentan en información incierta desde su origen, a menudo cambian con el paso del tiempo. Los primeros programas de regulación ambiental, como debe ser, se revisan constantemente debido a la aparición de nueva información, razón por la cual el derecho ambiental ha logrado ser tan dinámico durante los últimos treinta años⁴⁰. Sin embargo, aquello que representa un proceso dinámico y concienzudo en la elaboración de leyes, puede tener efectos aun devastadores para los intereses privados de quienes dependían en la certeza de que ciertas restricciones ambientales permanecerían estables.

A pesar de esto los Magistrados, al abordar asuntos de regulación, se han amparado en presunciones que van de la mano con el tipo de daño ecológico que el Congreso y el poder legislativo de varios estados y localidades han buscado afrontar. Por ejemplo en *Lucas*, donde el propietario de un predio presentó demanda por violación a los derechos recogidos en la Quinta Enmienda, para de esa forma inaplicar una ley de Carolina del Sur, la cual prohibía el desarrollo urbanístico en propiedades costeras; una vez analizada

sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

38 Véanse *Suitum v. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 520 U.S. 725, 729-33 (1997); *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1007-10 (1992); *Keystone Bituminous Coal Ass'n v. De-Benedictis*, 480 U.S. 470, 478-79 (1987).

39 La opinión disidente del magistrado Stevens en *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374, 396 (1994), se desarrolla alrededor de este problema.

40 Véase Farber A., Daniel, "Environmental Protection as a Learning Experience", 27 *Loy. L.A. L. Rev.*, 1994, 791. —enfatisando que en el derecho ambiental "cada solución parece provisional y sujeta a una reevaluación a medida que aparece nueva información y las viejas soluciones son contrarrestadas con la experiencia"—; así mismo Selmi P., Daniel, "Experimentation and the "New" Environmental Law", 27 *Loy. L.A. L. Rev.*, 1994, pp. 1061, 1076. —abogando por la necesidad de más investigación y un cambio fundamental en la naturaleza del derecho ambiental—.

la limitación, la Corte entendió que en definitiva el problema yacía en una total incompreensión acerca de lo que se debe entender por predio⁴¹.

La mayoría en *Lucas* percibía al predio como un recurso divisible y explotable, razón por la cual la Corte determinó que era inconcebible que Carolina del Sur tenga una razón, más allá de una lógica basada en el evitar ciertas externalidades, para prevenir que se construya una casa en dicho predio.

Lo que faltó a la mayoría, fue la apreciación de la verdadera naturaleza física de lo que es un predio y los daños asociados a un sistema ecológico complejo e interdependiente del cual forma parte el predio.

Los hechos en *Lucas* son en sí mismos ilustrativos. El predio en cuestión era inmediatamente adyacente a la línea costera, sin ningún tipo de barrera que lo separe al océano de los lugares determinados para el desarrollo urbanístico. En realidad el predio estaba compuesto substancialmente de agua en lugar de lo que muchos considerarían tierra. Los lotes estaban expuestos al diario accionar de la marea, y en el pasado, habían estado parcialmente —y en ocasiones totalmente— cubiertos por agua. Durante los últimos cincuenta años, la línea costera parte de los predios ha disminuido el cincuenta por ciento debido a la fuerza de la erosión.

Ajenos a cualquier entendimiento de la verdadera naturaleza física del recurso ecológico, o los daños que posiblemente pudiesen resultar del desarrollo urbanístico, y en consecuencia la justificación del legislativo estatal para tomar esa acción, la mayoría en *Lucas* apresuradamente percibió al caso en cuestión como una aplicación desmedida del poder gubernamental al aplicar su autoridad⁴².

En definitiva, los Magistrados dependen más en pruebas sobre la “viabilidad económica” y la consecuente “perdida económica”, en lugar de la validez de la transacción en el mercado, que el legislativo dice *no* motivan suficientemente los derechos de propiedad en disputa⁴³. La premisa legislativa en la mayoría de restricciones ambientales es que los derechos de propiedad necesitan ser redefinidos, debido a que el actual régimen permite ciertas acciones

41 Véase *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992).

42 Véase Lazarus, Richard J., “Putting the Correct “Spin” on *Lucas*,” 45 *Stanfor Law Reviw*, 1993, pp. 1411, 1421-1422.

43 Véase 505 U.S., pp. 1014-19.

privadas que tienen efectos adversos inaceptables hacia el colectivo. Al aceptar dicha premisa legislativa, uno podría anticipar que cualquier disminución en la plusvalía de un predio, debido a restricciones de este tipo, señalarían el porqué una regulación de esta naturaleza es en realidad necesaria. En otras palabras, cuanto más alta sean las restricciones previas al valor del predio a ser regulado, más importante el problema a ser afrontado.

Sin embargo, la problemática entre la “viabilidad económica” y la “pérdida económica” presume lo opuesto. Las mismas ven a la pérdida económica como una señal de que el legislativo se ha extralimitado, en lugar de verlo como una señal de que el legislativo estaba abordando un problema mayor relativo a los fallos del mercado⁴⁴.

Al igual que en los casos de legitimación procesal, la Corte claramente no debería referirse o ignorar por completo el razonamiento del legislativo. La Corte tiene una responsabilidad independiente de asegurar las protecciones constitucionales, como es el caso de aquellas relacionadas con la salvaguarda de los derechos de propiedad privada. Sin embargo, el cumplimiento de esa responsabilidad no justifica que los Magistrados no aborden los hechos y premisas de política pública que fundamentan la legislación ambiental sobre la cual la Corte resuelve las controversias legales que se presentan ante ella. De la misma manera que el Congreso ha buscado responder ante el daño ecológico estableciendo leyes de protección ambiental, la Corte debería discernir la intención del Congreso y resolver las controversias legales transversales a todo el contexto ambiental.

Cláusula de Comercio: durante las últimas dos décadas, la Corte ha sido enfrentada con varios casos relacionados con la cláusula de comercio, la cual refuta la legislación estatal de protección ambiental y conservación de recursos, para de esa forma salvaguardar los intereses ambientales y económicos del Estado demandante, contra las amenazas que se perciben originadas de fuentes ajenas a su Estado. Las mismas incluyen leyes estatales relativas a la importación de desechos al interior del Estado de fuentes extraterritoriales.

44 La Corte al analizar los límites de la regulación, así mismo depende de rigurosas pruebas que logren demostrar el nexo causal en el daño y la reparación, que como resultado en aquellos casos donde deba probarse legitimación activa, entraría en clara contraposición con la naturaleza del daño que el legislativo buscó confrontar; véase *Dolan*, 512 U.S. , pp. 388-96.

De igual manera, incluye leyes relativas a la exportación de los recursos naturales del Estado.

Más allá de unas raras excepciones⁴⁵, la Corte de forma rutinaria ha limitado la aplicación de leyes estatales relacionadas con la conservación de recursos naturales y limitación de emisiones de manera claramente discriminatoria y, por ende, en violación de las implicaciones negativas de la cláusula de comercio⁴⁶.

El análisis claramente discriminatorio de la legislación por parte de la Corte, como es el caso de todas las leyes aquí presentadas, no tiene perdón. Para sustentar una discriminación de hecho contra cualquier producto — incluidos los deshechos— o servicios interestatales, la gobernación del Estado debe proferir *alguna razón más allá del origen*, para tratarla de forma diferente⁴⁷.

Los dictámenes de la Corte, sin embargo, proveen otro ejemplo clásico de la incapacidad de los Magistrados por apreciar el carácter especial de los daños ecológicos, lo cual a su vez pone en entredicho el análisis legal de la

45 Una excepción notable fue la sentencia de la Corte en *Maine v. Taylor*, 477 U.S., pp.131, 151-52 (1986), en la cual se permitió la restricción de Maine impuesta a la importación de pescado. En realidad *Maine v. Taylor* representa una de las raras instancias en la cual la opinión de la Corte expresa una apreciación de cómo la preocupación ambiental influye en la aplicación de la doctrina legal. Una de las razones que la Corte ofreció para sustentar la barrera comercial de *Maine* fue el legítimo interés estatal de “protegerse de los malentendidos riesgos ambientales, a pesar de que se podría en última instancia probar su negligencia” (p. 148). De acuerdo con la Corte, un Estado no está requerido a esperar hasta “que potencialmente se produzca un daño ambiental irreversible”. —Citando a *United States v. Taylor*, 585 F. Supp. 393, 397 (1984)—. Otra excepción es *Commonwealth Edison Co. v. Montana*, 453 U.S. 609, 636-37 (1981), en la cual la Corte sostuvo la constitucionalidad de un impuesto a las externalidades causadas por el carbón, en un caso que se había fundamentado en la cláusula de comercio y la primacía de la ley federal sobre la estatal. Reflejando la fuerte dimensión temporal del daño ecológico, la Corte en *Commonwealth Edison* tomó explícitamente en consideración el deseo estatal de salvaguardar los intereses de futuras generaciones en relación con los recursos del Estado, objetivo que se buscaba lograr con el impuesto al crear un fideicomiso para las futuras generaciones. Véase p. 661, n. 11.

46 Véanse *C&A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown*, 511 U.S. 383, 389-95, (1994); *Oregon Waste Sys., Inc. v. Department of Env'tl. Quality*, 511 U.S.93, 98-108, (1994); *Fort Gratiot Sanitary Landfill, Inc. v. Michigan Dep't of Natural Resources*, 504 U.S. 353, 367-68 (1992); *Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt*, 504 U.S., 334, 339-49, (1992); *Sporhase v. Nebraska ex rel. Douglas*, 458 U.S. 941, 954-58 (1982); *Hughes v. Oklahoma*, 441 U.S., 322, 325, (1979); *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, 629 (1978).

47 *City of Philadelphia*, 437 U.S. 627.

Corte. La Corte presume irrefutablemente la ilegitimidad de cualquier consideración acerca del estatus foráneo de los productos o servicios en cuestión. Sin embargo, en el contexto de la contaminación ambiental *el concepto apropiado de riesgo para ser plasmado en la regulación puede depender del lugar donde se origina el riesgo*⁴⁸. Como nos explica un comentarista:

Muchas de las atribuciones que hacen las personas más temerosas de ciertas actividades o sustancias en relación a otras —incluso si poseen el mismo riesgo estadístico o peligro físico— se encuentran entrelazados con el estatus de foráneo (...) La probabilidad de que exista oposición pública hacia una nueva planta de procesamiento de desechos se sustenta en gran parte en el sentimiento de “intrusión” que una comunidad percibe en relación con la planta. La trascendencia en un sentimiento de intrusión depende en parte sobre si ha existido coerción: ya que la comunidad no ha tenido la oportunidad de rechazar la propuesta (...) la percepción de la comunidad acerca del riesgo, y su oposición a la planta, casi inevitablemente aumentarán⁴⁹.

Si los Magistrados aprendiesen del contexto medioambiental, podrían considerar de forma más detenida la naturaleza del daño ecológico abordado por leyes estatales, al resolver disputas sobre la cláusula de comercio. Podrían —o no— llegar a un resultado diferente en dichos casos. Pero incluso si no lo hicieran, su razonamiento sería más consecuente y los resultados alcanzados probablemente serían más persuasivos. La maduración del análisis de la Corte sobre la cláusula de comercio, además no estaría confinado simplemente al contexto ambiental. Se aplicaría en términos generales, afectando las decisiones de la Corte en varios escenarios⁵⁰.

Derecho Corporativo: el derecho corporativo ofrece un ejemplo final de un área de derecho en la cual el análisis legal de los Magistrados ha sido so-

48 Heinzerling, Lisa, “The Commercial Constitution”, Sup. CT. Rev., 1995, pp. 217, 236.

49 *Ídem* a 15 y 16; tampoco se puede considerar la dimensión “foránea” en el derecho ambiental como una cuestión incidental. Se trata pues de una preocupación latente en los muchos reclamos de “injusticia ambiental” proferidos e impulsados por quienes regulan, sean estos legisladores federales, estatales o los miembros de la comunidad regulada; véase Gauna Eileen, “The Environmental Justice Misfit: Public Participation and the Paradigm Paradox”, 17 Stanford Environmental Law Journal 3, 25, 1998.

50 Heinzerling, Lisa, *op. cit.*, pp. 217, 236.

cavado por su falta de consideración a las características distintivas que el derecho ambiental busca abordar. En el reciente caso de *United States v. Bestfoods*⁵¹, la Corte aceptó la corresponsabilidad de la matriz corporativa por las acciones de una subsidiaria, amparándose en la Respuesta Ambiental Comprensiva, Compensación y Responsabilidad de 1980 —Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act 1980, CERCLA por sus siglas en inglés—⁵². Durante años, diversas cortes de apelaciones buscaron y obtuvieron resultados dispares⁵³, tratando de encontrar un balance entre los valores y motivaciones del derecho corporativo, el cual promueve serias limitaciones a la co-responsabilidad de la matriz y por otro lado el derecho ambiental, que persigue la imposición de costos de manera transversal en todos los agentes económicos que posean capacidad y autoridad para tomar decisiones que afecten el nivel de protección ambiental que están obligados a proveer.

Lo que fue tanto alarmante, como revelador, acerca de la argumentación oral de la Corte, fue que los Magistrados se encontraban conjuntamente conscientes y empáticos hacia los objetivos subyacentes de la política pública de limitar la responsabilidad dentro del derecho corporativo; sin embargo, no tenían el mismo conocimiento sobre las preocupaciones del derecho ambiental al apoyar una responsabilidad más extensa. Incluso los miembros de la Corte parecían alarmados cuando se les informó de aquellos principios y el subsecuente efecto legal sobre los argumentos de los consejos de gobierno⁵⁴.

51 524 U.S. 51, 1998.

52 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (1994).

53 Oswald J., Lynda, “Bifurcation of the Owner and Operator Analysis Under CERCLA: Finding Order in the Chaos of Pervasive Control”, 72 WASH. U. L.Q., pp. 223, 225-26, 1994; además “Liability of Parent Corporations for Hazardous Waste Cleanup and Damages”, 99 Harvad Law Review, pp. 986, 1001, 1986.

54 El siguiente coloquio ocurrió durante la presentación oral de la fiscalía en el caso *Bestfoods*:

PREGUNTA (magistrado Breyer): Mira, yo dije que el señor y la señora Smith junto con su hijo John hacen todo. Tienen una pala. Ponen la tierra adentro. Hacen todo ellos mismos. Ellos lo hacen, y los cheques se emiten a nombre de la Smith Family Limited Liability Corporation. Ahora, lo que yo pensaría es que ese es el clásico escenario en el cual un grupo de personas forman una corporación para limitar su responsabilidad. Por ello tenemos corporaciones. ¿Existe algún indicio de su parte en el cual la familia Smith sea personalmente responsable? No existe nada especial. Es ordinario.

Los Magistrados irónicamente recuperaron su equilibrio cuando los consejeros de industria reconocieron cándidamente que la respuesta del gobierno no era para nada radical⁵⁵; simplemente reflejaba los principios sentados por el derecho ambiental, establecidos por el Congreso mediante esfuerzos legislativos y sustentado por cortes de menor jerarquía. Estas cortes respondían al hecho de que las decisiones que afectan la calidad ambiental son a menudo el producto de decisiones tomadas por múltiples actores. En el complejo escenario corporativo contemporáneo, en el cual como se señala en *Bestfoods*, la matriz, su subsidiaria y las corporaciones sucesoras; en superposición a los oficiales corporativos y la junta de directores toman decisiones, las nociones de responsabilidad individual son indudablemente desestimadas y en consecuencia la habilidad de las reglas legales de impedir conductas indeseables.

SRTA. SCHIFFER (Fiscalía de los Estados Unidos): Cualquier centro puede tener más de un operador, su señoría y es nuestro entendimiento que si el señor o la señora Smith operaran ellos mismos el centro, eso es, si ellos participarán activamente en el manejo del centro, serían responsables.

PREGUNTA: Es decir, su posición es que si un grupo de personas se incorpora en el manejo de un botadero, ¿ellos son personalmente responsables, al igual que en este estatuto —nunca he visto un estatuto como este—, sin que exista forma de que un grupo de operadores formen una corporación y por ello exceptúen su responsabilidad personal?

Lo que quiero decir es, ¿es esa la posición del Gobierno? Porque pensaría que si ése es el posicionamiento se esperaría que el Congreso diga algo al respecto. Yo lo considero inusual.

(Transcripción oficial (traducida) de la argumentación oral frente a la Corte Suprema de los Estados Unidos en las páginas 16-18, *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998) (No. 97-454), disponible en 1998 U.S. Trans. LEXIS 61. La identidad de los Magistrados no aparecen en las transcripciones originales. Se basan en las notas tomadas contemporáneamente al momento de la argumentación frente a la Corte.)

- 55 Durante la argumentación oral de los consejeros de industria, el magistrado Stevens retomando la pregunta hipotética del magistrado Breyer al gobierno, aparentemente en un esfuerzo por enfatizar a los demás Magistrados que las caracterizaciones del gobierno sobre el impacto de la Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980's (CERCLA) en la noción de la responsabilidad corporativa limitada no eran en realidad tan extraordinarias.

PREGUNTA (magistrado Stevens): Déjeme estar seguro de que entiendo su posición señor Geller. Usted toma el hipotético del magistrado Breyer y dice sí, el señor y la señora Smith conjuntamente con su hijo serían responsables, si entendí bien su (...)

SR. GELLER: Si ellos en realidad estaban físicamente comprometidos operando el centro, estarían dentro del estatuto, pensaría yo, pero ese no es (...)

PREGUNTA: ¿Es decir, cualquier empleado de una corporación que posea un centro puede ser responsable?

SR. GELLER: Si alguien satisface la definición de operador, es responsable (...)

Está claro que la motivación de una política pública, que motive modificaciones a las tradicionales limitaciones impuestas a la responsabilidad corporativa, dentro del contexto medioambiental depende enteramente del Congreso. Y por la misma razón el determinar si el Congreso lo ha hecho en la CERCLA o en cualquier otra ley ambiental federal es simplemente cuestión de discernir cuál fue su intención. En *Bestfoods*, sin embargo, existía un claro desbalance en la apreciación de la Corte hacia las preocupaciones implicadas en el CERCLA. La Corte esencialmente no estaba al tanto de las legítimas razones por las cuales el Congreso podría haber decidido expandir la responsabilidad corporativa por medio del CERCLA, sin embargo estaban muy al tanto de las justificaciones detrás de la limitación a la responsabilidad corporativa. No es de sorprenderse que la estructuración del CERCLA, por medio de la Corte, inevitablemente resultó en una construcción que favorecía a este último. La Corte requería que quienes argumentaban a favor de la expansión de la responsabilidad, puedan vencer la presunción judicialmente erigida a favor de una responsabilidad limitada⁵⁶.

2.2. Instituciones y procesos creadores de leyes

El alcance evolutivo del derecho ambiental no está únicamente confinado a áreas transversales del derecho. Se extiende a los procesos e instituciones encargadas de crear leyes. Aquí también, los desafíos que el derecho ambiental busca abordar, representan un peculiar obstáculo para las instituciones y procesos que promueven las innovaciones necesarias para poder reformarlo⁵⁷. Uno puede empezar por un aspecto fundamental de nuestro gobierno como es el sistema de control y balance entre las diferentes ramas gubernamentales. Un diseño tripartito del gobierno de este estilo es por diseño deliberadamente conservador, favoreciendo el cambio incremental. Sin embargo los problemas

56 Véase 524 U.S., p. 70 (“En esencia habrían reglas específicas del CERCLA en relación con la responsabilidad derivada que eliminarían los estándares tradicionales y las expectativas de la ley mediante la aplicación del CERCLA. Pero como hemos dicho, una regla de este tipo no nace del silencio legislativo, y el silencio en el CERCLA es dispositivo”).

57 Una innovación que fue rápidamente desechada por la Corte Suprema, fue el esfuerzo del Circuito de Washington D.C. por imponer requerimientos procedimentales específicos en ciertos juicios medio ambientales. Véase *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519, 523-25.

medioambientales a menudo surgen de manera repentina requiriendo una respuesta que evite posibles resultados catastróficos e irreversibles. Así mismo requieren cierto grado de revisión y refinamiento en vista de los cambios inciertos en la información, que a menudo se resiste a los lineamientos entre quienes legislan y quienes meramente ejecutan leyes. Es por esta razón por la que los ya superados conflictos sobre delegación de poderes han vuelto a surgir en el contexto medioambiental⁵⁸.

Sin embargo, se deben considerar las preocupaciones acerca de la separación de poderes que se originan cuando el Congreso busca, mediante esfuerzos legislativos y atajos constitucionales, controlar a las otras dos ramas del gobierno.

Esto ha ocurrido en el derecho ambiental con los esfuerzos del Congreso por sobreponerse a la rama ejecutiva⁵⁹ al igual que la judicial⁶⁰. No es casualidad que un caso tan infame como fue *Morrison v. Olson*⁶¹, el cual concernía la constitucionalidad de la Ley sobre Consejos Independientes, surgió del conflicto entre la rama legislativa y judicial, en relación con la política medioambiental⁶². No es tampoco coincidencia que el caso insignia sobre la revisión judicial de la interpretación de los estatutos de la agencia, *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*⁶³, se haya suscitado tras el cambio de parecer de la EPA sobre el significado que tenía una ley federal de protección ambiental⁶⁴. Experimentaciones de este tipo y retrocesos en las políticas públicas son la con-

58 Véase *American Trucking Ass'n v. EPA*, 175 F.3d, pp. 1027, 1034-40; *South Dakota v. United States Dep't of the Interior*, 69 F.3d, pp. 878, 881-82 (8th Cir. 1995); *Industrial Union Dep't v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 646-52 (1980); *idem* en 672-76 (Rehnquist, J., concordante).

59 Véase *Federal Land Policy & Management Act of 1976*, 43 U.S.C. § 1714(c)(1), (d), (1)(2) (1994) (que suministraba a los comités del Congreso la posibilidad de omitir los mandatos del Secretario del Interior en relación con la derogación de leyes sobre dominio público y adjudicación de tierras); *National Wildlife Fed'n v. Watt*, 571 F. Supp. 1145, 1150-51 (D.D.C. 1983).

60 Véase *Robertson v. Seattle Audubon Society*, 503 U.S. 429, 433-36 (1992).

61 487, U.S. 654, (1988).

62 La investigación sobre Consejos Independientes en *Morrison* surgió de los esfuerzos del Congreso por sobrepasar la política de administración federal del EPA sobre desperdicios tóxicos, especialmente en la parte de ejecución. Véase *idem*, pp. 665-666.

63 467, U.S. 837, (1984).

64 La validez de la legislación en el caso *Chevron* se enfocó en la definición que la EPA había establecido para "fuente" en la Clean Air Act, la cual había sido anteriormente contruida de forma diferente. Véase *idem*, pp. 853-859.

secuencia natural de todo esfuerzo de buena fe por abordar problemas complejos como los presentados en los casos de contaminación ambiental, donde la incertidumbre científica es considerable y las relativas diferencias en los costos de enfoques alternativos, son extremadamente grandes.

Tensiones similares han surgido debido al compromiso de la nación con múltiples autoridades soberanas, que incluyen autoridades federales, estatales, locales y cada vez más con las autoridades tribales⁶⁵. Existe un cierto grado de afinidad natural entre la resolución de problemas medioambientales y la preferencia por un sistema que favorezca regímenes legales descentralizados; así mismo se permite la consideración de las circunstancias locales en la resolución de problemas medioambientales, sean estas ecológicas o antropológicas⁶⁶. De igual manera, es más consistente con las crecientes demandas de quienes abogan por una justicia ambiental que cuente con mayor participación ciudadana⁶⁷.

Sin embargo muchos problemas medioambientales se resisten fuertemente a los enfoques descentralizados. Lo hacen debido a sus amplias consecuencias espaciales y temporales⁶⁸. Problemas de tal magnitud y ámbito

65 Véase Esty C., Daniel, "Revitalizing Environmental Federalism", 95 MICH. L. REV. 570 (1996); Percival V Robert, "Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models", 54 MD. L. REV. pp. 1141, 1157-71, (1995); Revesz L., Richard, "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the "Race-to-the-Bottom" Rationale for Federal Environmental Regulation", 67 New York University Law Review 1210 (1992); Stewart B., Richard, "Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy", 86 Yale Law Journal 1196 (1977).

66 Véase Esty C., Daniel, *op. cit.*, pp. 609-610; Lazarus, Richard J., "Debunking Environmental Feudalism: Promoting the Individual Through the Collective Pursuit of Environmental Quality", 77 IOWA L. REV., pp. 1739, 1773 (1992); Markell L., David, "States as Innovators: It's Time for a New Look to Our "Laboratories of Democracy" in the Effort to Improve Our Approach to Environmental Regulation, 58 ALB. L. REV., pp. 347, 355-59 (1994); Stewart B., Richard, *op. cit.*, pp. 1219-22.

67 Véase Gauna Eileen, *op. cit.*, p. 72 (quien describe la inherente incompatibilidad entre el derecho ambiental, los procesos legislativos y la justicia ambiental debido a que "*la forma en que se toman las decisiones se fundamentan en paradigmas que promuevan la injusticia ambiental*"); Anne K. No, Note, "Environmental Justice: Concentration on Education and Public Participation as an Alternative Solution to Legislation", 20 WM. & MARY ENVTL. L. & POLY REV., pp. 373, 389-392, 399-400 (1996) (abogando por que se aborden las preocupaciones sobre justicia medio ambiental mediante mayores derechos de participación ciudadana en los procesos regulatorios).

68 La característica de "secundario" y de "externalidad" del daño ecológico claramente no es el único fundamento para la creación de políticas públicas que favorezcan la centralización de la autoridad

desafían los límites de la jurisdicción local y los umbrales de tiempo a corto plazo, así mismo su solución puede incentivar economías de escala que favorecen aproximaciones más centralizadas⁶⁹. El efecto secundario de tiempo y espacio se relaciona en parte al carácter físico de los problemas medioambientales. Los ecosistemas no reflejan los límites políticos jurisdiccionales, ni revelan daños en umbrales de tiempo cercanos para que los votantes puedan responsabilizar a quienes toman estas decisiones durante los ciclos electorales.

Debido a que incluso errores pequeños en los procesos de toma de decisiones pueden representar amenazas y daños ecológicos irreversibles o catastróficos, al ocurrir más allá de los límites jurisdiccionales de quien toma la decisión, el descentralizar cierto tipo de decisiones medioambientales puede ser especialmente problemático. En última instancia, la observación Brandesiana de que *la cadencia es uno de los felices incidentes del sistema federal donde un solo valiente Estado puede (...) tratar innovadores experimentos sociales y económicos*⁷⁰, es privada de parte de su fuerza persuasiva cuando, como sucede con los daños ambientales, los errores cometidos en laboratorios pueden tener consecuencias adversas considerables que no están restringidas únicamente a esos espacios.

Los efectos secundarios en el derecho ambiental, sin embargo, no se pueden rastrear únicamente al efecto físico de muchos daños ambientales. Efectos secundarios inevitablemente se encuentran relacionados con el ámbito nacional de las transacciones de mercado y prácticas industriales que están sometidas a la regulación medioambiental⁷¹. En realidad ha sido el carácter

medio ambiental. Existen un sinnúmero de argumentos a favor y en contra de la centralización y descentralización de la autoridad medio ambiental, que van de la competencia institucional a la capacidad regulatoria. Este artículo se enfoca únicamente en unos cuantos, como el efecto secundario que es especialmente ilustrativo de la relación entre la naturaleza del daño ecológico y la problemática jurídica que surge del derecho ambiental. Para una discusión a fondo sobre el debate entre centralización y descentralización, véase Esty C., Daniel, *idem*; Steinzor I. Rena, "Unfunded Environmental Mandates and the "New (New) Federalism: Devolution, Revolution, or Reform?", 81 MINN. L. REV. 97 (1996); Stewart, *op. cit.*, pp. 1219-1222.

69 Esty C., Daniel, *op. cit.*, pp. 614-617.

70 State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., disidente).

71 Véase Frug E., Gerald, "Why Neutrality?", 92 YALE L.J., pp. 1591, 1600, 1983, ("No pueden haber decisiones descentralizadas de trascendencia sobre el derecho ambiental mientras las decisiones sobre la movilidad de capitales se encuentre centralizada").

nacional de las alteraciones a mercados e industrias, en lugar de la naturaleza física del daño ecológico, lo que ha promovido a la Corte Suprema a invalidar repetidamente los esfuerzos de gobiernos estatales y locales por diseñar soluciones a problemas medioambientales que respondan a las necesidades de cada lugar, al considerarlas como cargas injustificadas sobre el comercio interestatal⁷².

Un aspecto final del daño ecológico que afecta a las instituciones y procesos legislativos es el papel esquizofrénico del gobierno en la protección ambiental⁷³. La instancia gubernamental sea ésta federal, estatal, local o tribal es la fuente regulatoria responsable de la promulgación, administración y ejecución de leyes sobre protección ambiental. Esto se debe a que muchos de los intereses no-gubernamentales que se protegen por medio de dichas leyes, son imposibles de ejecutar por sí mismos, debido a la naturaleza del daño en cuestión. Tal es la extensión, que futuras generaciones son salvaguardadas, pues al no haber nacido no pueden demandar; por ello los intereses puramente ecológicos que se están preservando, son aquellos intereses de quienes aún no poseen legitimación activa para demandar⁷⁴; de igual manera, que los miembros de la sociedad comparten un interés indiferenciado y generalizado: el actual precedente de la Corte Suprema cuestiona la legitimación en estos casos⁷⁵.

Si bien la actuación gubernamental es esencial, todas las autoridades soberanas al actuar simultáneamente realizarán acciones que podrán violar leyes ambientales de sus contrapartes o incluso de las propias. Esto levanta de igual manera preocupaciones sobre la inmunidad soberana en respuesta a las acciones presentadas contra el gobierno. Estas demandas pueden presentarse

72 Véase *C&A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown*, 511 U.S. 383, 389-95, (1994); *Oregon Waste Sys., Inc. v. Department of Env'tl. Quality*, 511 U.S. 93, 98-108, (1994); *Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt*, 504 U.S., 334, 339-49, (1992); *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S., 617, (1978).

73 Lazarus, Richard J., "Meeting the Demands of Integration in the Evolution of Environmental Law: Reforming Environmental Criminal Law", 83 *GEO. L.J.*, pp. 2407, 2415-2416, 1995. "*La fuente más grande de diferenciación institucional en el derecho ambiental es la esquizofrenia gubernamental de ser regulador y regulado, al ejecutar leyes de protección ambiental contra sí mismo y contra otros, siempre será la fuente más grande de contaminación.*"

74 Véase Stone D., Christopher, "Should Trees Have Standing?-Toward Legal Rights for Natural Objects", 45 *S. Cal. L. Rev.*, pp. 450, 456-457 (1972).

75 Véase *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. pp. 555, 573-78 (1992).

por una autoridad soberana contra otra y en algunos casos por ciudadanos que posean legitimación procesal⁷⁶. En otras ocasiones pueden incluso ser presentadas por una agencia contra otra que tenga similares competencias, sin embargo la viabilidad de un juicio sobre la competencia federal y su ejecución es discutible⁷⁷.

Finalmente, las disputas sobre recursos naturales históricamente han involucrado a tribus, autoridades federales, estatales y locales⁷⁸, mientras que los casos de contaminación ambiental únicamente han involucrado a éstos tres últimos. En años recientes, sin embargo, las tribus han empezado a ejercer su soberanía en las áreas de control de contaminación⁷⁹.

Estas son, respectivamente, una serie de razones estructurales profundamente enraizadas del porqué la historia del derecho ambiental ha sido testigo, a lo largo de las últimas tres décadas de la continua tensión y conflictos entre las autoridades federales, estatales, locales y tribales en relación con sus respectivas responsabilidades y autoridades al momento de abordar los problemas medioambientales. De manera que las principales preocupaciones estructurales sobre los fundamentos de la creación de leyes se han suscitado y se continuarán suscitando, debido a la naturaleza del problema que es confrontado. En el fondo, existe una fundamental discontinuidad entre los objetivos de las leyes medioambientales y los regímenes que crean leyes en nuestro país⁸⁰.

76 Véase *City of Chicago v. Environmental Defense Fund*, 511 U.S. pp. 328, 330, (1994); *United States Dep't of Energy v. Ohio*, 503 U.S. pp. 607, 612-14 (1992); *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. pp. 1, 7-13 (1989); *Hancock v. Train*, 426 U.S. pp. 167, 198-99 (1976); *Illinois v. City of Milwaukee*, 406 U.S. pp. 91, 93-98 (1972).

77 Véase Herz, Michael, "United States v. United States: When Can the Federal Government Sue Itself?", 32 *William and Mary Law Review*, pp. 893, 933-38 (1991); Michael W. Steinberg, "Can EPA Sue Other Federal Agencies?", 17 *Ecology L.Q.*, pp. 317, 331-41 (1990).

78 Véase *Wilson v. Omaha Indian Tribe*, 442 U.S. pp. 653, 658-60 (1979); *Chemehuevi Tribe of Indians v. Federal Power Comm'n*, 420 U.S. , pp. 395, 397-99 (1975); *Department of Game v. Puyallup Tribe*, 414 U.S., pp. 44, 45 (1973); *United States v. Southern Ute Tribe or Band of Indians*, 402 U.S., pp. 159, 159 (1971).

79 Véase *South Dakota v. Yankton Sioux Tribe*, 522 U.S., pp. 329, 333-40 (1998); *Back-country Against Dumps v. EPA*, 100 F.3d, pp. 147, 148-50 (D.C. Cir. 1996); *City of Albuquerque v. Browner*, 97 F.3d, pp. 415, 418-20 (10th Cir. 1996).

80 Véase Anderson R., Frederick, *op. cit.*, pp. 1. La promoción de la protección ambiental se complica aún más debido a que las leyes ambientales, a diferencia de otras áreas del derecho, son producto de fuerzas externas, difíciles de integrar a nuestro sistema legal y limitadas por el hecho de que buscan imponer en lugar de reflejar valores fundamentales de la sociedad.

2.3. Convencer a los Magistrados

El camino más obvio para asegurar un cambio de actitud hacia el derecho ambiental en la Corte Suprema es también el más problemático: cambiar la identidad de los Magistrados. No solo son dichas ventanas de oportunidad altamente impredecibles⁸¹, son así mismo deliberadamente cortas para minimizar la efectividad de los discretos esfuerzos por influenciar los procesos de nominación⁸².

Existe así mismo una lección relevante que debe ser aprendida acerca de los paradójicos patrones de votación de los Magistrados en los casos medioambientales descritos anteriormente, que van del presidente del Tribunal Rehnquist al magistrado Stevens⁸³. Los mismos sugieren que será raro el candidato que tendrá un pasado limpio en relación al derecho ambiental, del cual sea posible predecir sus futuras votaciones como Magistrado en litigios medioambientales. Ciertamente nada relevante puede apreciarse del hecho de que el candidato, como juez de una instancia inferior o como legislador, haya votado a “favor” o en “contra” del medioambiente en un litigio, o incluso en varios litigios. En casi todas las instancias, salvando al Magistrado Douglas o Scalia, habrán muy pocos casos y demasiada desarmonía como

81 Lo que es impredecible es el momento preciso de la apertura. A lo largo de períodos extensos de tiempo uno puede con relativa certeza predecir un cierto número de aperturas basándose simplemente en la edad de los magistrados. Durante gran parte de la década de 1980 por ejemplo, era claro que la edad de los Magistrados haría posible una serie de aperturas durante la década de 1990. Y desde la jubilación del magistrado Brennan en 1990, cuatro nuevos magistrados (Souter, Thomas, Ginsburg, and Breyer) han sido añadidos a la Corte.

82 El presidente Bush por ejemplo, se esforzó por escoger a sus nominados rápidamente, lo que limitó las oportunidades de influenciar su decisión. Véase Devroy, Ann, “In the End, Souter Fit Politically”, Wash Post, July 25, 1990; Kamen Al y Marcus Ruth, “Marshall Retires from Divided Supreme Court: Liberal Is Second to Quit in a Year; Bush to Move Quickly on Successor”, Wash. Post, junio 28 1991. El presidente Clinton en contraste parece haber preferido permitir que ciertos nombres se diseminan públicamente por unos días, para de esa forma poder considerar las repercusiones políticas de escoger un candidato en lugar de otro. Un acercamiento de este tipo aparentemente fue lo que condujo a Clinton a motivar la especulación acerca del secretario del Interior Bruce Babbitt, el gobernador de Nueva York Mario Cuomo y el entonces juez Stephen Breyer, antes de finalmente seleccionar al entonces juez Ruth Bader Ginsburg como su primer nominado a la Corte. Véase Silverstein, Marck, “Judicious Choices: The New Politics of Supreme Court Confirmations”, 1994, pp. 169-171.

83 Anderson R., Frederick, *op. cit.*, Parte 1.

para poder sugerir un patrón fácilmente discernible del cual se pueda extraer conclusiones acerca de la protección medioambiental.

A pesar de estas significantes limitaciones en los umbrales, el precedente de la Corte en las últimas tres décadas sugiere que existen ciertos rasgos de fondo de los cuales uno podría de manera plausible especular sobre si un individuo apoyará en mayor o menor grado las leyes que promueven los fines de la protección medioambiental.

Éstas incluyen, (1) la visión individual de la función general del derecho y las instituciones que crean leyes, particularmente con relación a la economía de mercado de la nación, y (2) las experiencias de vida del individuo con relación al medioambiente.

De las dos, la última parecería ser la más intuitiva. Quienes en general favorecen la visión de las leyes como instrumentos de cambio social, deberían ser más empáticos hacia facilitar el desarrollo de un régimen legal que proteja el medioambiente. En contraste, quienes parten de la premisa que la función esencial del derecho debería ser el definir y proteger los derechos de propiedad pre-existentes, para de esa forma promover las transacciones del mercado, son naturalmente escépticos, si no hostiles, en su recepción del derecho ambiental. El magistrado Douglas parecería encajar en esta última, mientras que el magistrado Scalia claramente encaja en la anterior⁸⁴.

Es una característica que se relaciona con las experiencias personales y profesionales del individuo con el medioambiente, sin embargo, ello emerge de manera más evidente de los votos individuales de los Magistrados a lo largo de las últimas tres décadas. Claramente no es coincidencia que el magistrado Douglas con una puntuación de 100 en la protección ambiental, haya sido un ávido campestre. Como se describió el mismo Douglas *estoy lleno de prejuicios, pues amo el canto del búho con cuernos en la oscuridad de la noche, el aullido del coyote, el canto de la paloma torcaz y el silbido del reno*⁸⁵. Sus experiencias personales con el medioambiente lo hacían valorar de manera más empática los esfuerzos gubernamentales por protegerlo. Aparente-

84 504 U.S. pp. 555 (1992).

85 Manus, Peter, "Wild Bill Douglas's Last Stand: A Retrospective on the First Supreme Court talist", 72 TEMP. L. Rev., pp. 111, 140 (1999); (citando a William O. Douglas, "The Conservation of Man 7" (sin publicar y sin fecha, en archivo en la sección de manuscritos de la biblioteca del Congreso).

mente ello lo hacía mucho más dispuesto a acomodar otros valores en la discusión, que reflejaban los principios legales y doctrinarios concatenados con aquellos presentados por las leyes de protección ambiental. Su casi unánime apoyo a metas ambientales, influenciaron profundamente su apreciación inicial de los conflictos presentados, y en última instancia su votación en los mismos.

Pero la lección sobre el significado de las experiencias personales en el derecho ambiental, no es únicamente ejemplificada por el histórico y excepcional caso del magistrado Douglas. Las fisuras en las votaciones del magistrado Kennedy, quien generalmente votaba a favor de los derechos de propiedad por encima de los de protección ambiental, parece directamente trazable a sus propias experiencias como residente de California, lugar donde sus habitantes aprenden los estragos del desarrollo urbano en predios físicamente inapropiados para desarrollo residencial⁸⁶.

De igual manera el antagonismo generalizado del magistrado Powell hacia leyes sobre control de contaminación y su contrastante simpatía hacia la protección de bosques y preservación histórica parece derivarse de sus experiencias personales⁸⁷. Su natural escepticismo sobre la eficacia de las leyes sobre el control de contaminación, probablemente se originen en su experiencia personal como consejero legal de una firma privada para la industria

86 Véase Lazarus, Richard J., *op. cit.*, pp. 1423. Siendo de California, la apreciación del magistrado Kennedy sobre lo indeseable de la regulación ambiental puede originarse en su experiencia personal (...), los californianos tienen más razones de estar conscientes de los posibles peligros escondidos en predios, que para un observador inexperto podrían parecer apropiados para un desarrollo sin restricciones. En California la repetida pérdida de vida y destrucción de propiedad debido a terremotos, deslaves, inundaciones e incendios sirven de maestros efectivos.

87 Al parecer el derecho ambiental no es la única área del derecho en la cual los votos del magistrado Powell han sido profundamente influenciados por sus percepciones personales y de vida, incluyendo su incomprensión de las mismas. Otro ejemplo, ahora infame, dentro de la legislación sobre derechos civiles, fue el crucial aporte del quinto voto necesario para la mayoría en la sentencia de *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. pp. 186, 187 (1986), en el cual se sostuvo una convicción criminal estatal por sodomía homosexual. Varios años después de esa decisión, Powell públicamente reconoció que se arrepentía de su voto en *Bowers*. Véase Greenhouse, Linda, "When Second Thoughts in Case Come Too Late", *N. Y. Times*, Nov. 5, 1990, en A14. Existe una base razonable para especular que la votación original del magistrado Powell resultó en parte, debido a su errónea creencia de no conocer a ningún homosexual, cuando en realidad algunos de sus recientes ayudantes lo eran. Jeffries C., John Jr., "Justice Lewis F. Powell, Jr." pp. 521-522 (1994). Lazarus, Edward, "Closed Chambers", p. 386 (1998).

regulada⁸⁸. En contraste uno puede especular que su apertura hacia leyes sobre preservación histórica y conservación de bosques sea fruto de sus enraizados lazos con Colonial Williamsburg⁸⁹ y su afición de por vida a la cacería en bosques.

Las votaciones de los magistrados Douglas, Kennedy y Powell en casos medioambientales tienden a soportar una tesis común: la extensión de cuanto le importa a un individuo la protección del medioambiente, incluyendo un magistrado de la Corte Suprema, parece especialmente susceptible de ser definido por sus experiencias personales con el mismo. La afinidad de un Magistrado con el medioambiente, influye en su conceptualización de los conflictos legales que se le presentan en el contexto de la protección ambiental. Para muchos sin embargo, una apreciación de los objetivos del medioambiente y la legitimidad y fuerza de los reclamos que ello sienta contra las doctrinas legales y las instituciones legislativas se origina de la experiencia personal. Es muy improbable que ello sea exclusivamente un producto del pensamiento racional abstracto, enteramente separado del contexto medioambiental, el cual sirve como núcleo inspirador del derecho ambiental⁹⁰.

Por supuesto, el derecho ambiental no tiene nada particular en este aspecto. Gran parte del precedente de la Corte sobre derechos civiles, fundado en los votos individuales de los Magistrados, puede explicarse de la misma manera. No es coincidencia por ejemplo, que las tendencias conservadoras de la magistrada O'Connor son templadas cuando los casos presentados ante la Corte se refieren a litigios basados en la discriminación de género, fondo con el que ella puede identificarse basándose en sus propias experiencias personales y profesionales⁹¹.

88 Jeffries C., John Jr., "Justice Lewis F. Powell, Jr.", pp. 125, 189-193 (1994). Debido al estatus de Powell, la firma se llamaba Hunton, Williams, Gay, Moore & Powell in 1954.

89 Como se describía anteriormente la especial recreación que el magistrado Powell demostró en *United States v. New Mexico*, 438 U.S. pp. 696, 719 (1978), puede ser producto de una experiencia personal de este tipo.

90 Por esta razón, la comunidad de protección ambiental tiene esperanzas fundadas desde hace tiempo, en el aparente interés en caminar por las Montañas Blancas de New Hampshire que tiene el magistrado Souter. Véase Butterfield, Fox, "Unchanged, but Growing as Justice", N. Y. Times, July 23, 1992, at A16; Margolick David, Ascetic at Home but Vigorous on Bench, N. Y. Times, July 25, 1990, at A1.

91 Greenhouse, Linda, "From the High Court, a Voice Quite Distinctly a Woman's", N. Y. Times, mayo 26 1999, en A1.

Los patrones de voto de los magistrados Thurgood Marshall y Thomas en litigios sobre derechos civiles se pueden explicar de la misma manera. Su visión claramente no tiene nada en común, sin embargo sus respectivos votos, reflejan las lecciones que cada uno a interiorizado no solo como estudiante de derecho o abogado practicante, sino como afro-americano viviendo con el racismo en los Estados Unidos. Es precisamente por ello que los afroamericanos consideran al magistrado Thomas deshonesto con esas experiencias de vida, lo que a su vez provoca reacciones preponderantemente más hostiles hacia sus votos, que contra aquellos presentados por sus colegas de la Corte⁹².

Tampoco existe nada impropio o necesariamente intencional acerca de dichos factores influenciando los resultados judiciales. Es inevitable y completamente apropiado para jueces, incluidos los Magistrados de la Corte Suprema, verse influenciados por sus propias experiencias personales al ejercitar valoraciones en los litigios presentados ante ellos⁹³. Las experiencias de vida moldean la forma en que una persona, tanto consciente como inconscientemente, percibe los problemas que se le presentan. Las mismas construyen marcos de referencia en los cuales dichas cuestiones son situadas, y ello da como resultado que se afecte en su resolución⁹⁴.

Marcos de referencia que compiten entre sí, pueden explicar la razón por la cual quienes toman decisiones perciben diferentes intereses en el

92 Higginbotham A., Leon Jr., "Justice Clarence Thomas in Retrospect", 45 Hastings L. J. 1405, 1418 (1994).

93 Un reciente ejemplo sorprendente de la magistrada O'Connor es su participación en el voto mayoritario de los miembros más liberales de la Corte, en el cual fue autora de la opinión en *Davis v. Monroe County Board of Education*, 119 S. Ct. 1661 (1999), potencialmente hace responsables civiles a los distritos escolares bajo legislación federal de derechos civiles en casos de acoso sexual cometidos por estudiantes, sin que se menoscabe su normal cautela sobre la intrusión federal en escuelas locales. Véase *idem*, pp. 1669-1676. Al anunciar la opinión de la Corte desde el estrado, la magistrada O'Connor concluyó su pronunciamiento dirigiéndose a quienes habían disentido, diciendo "que ellos enseñarían al pequeño Johnny una perversa lección sobre federalismo de mantener esa postura. Por el contrario, ella creía que la decisión de la mayoría aseguraba que la pequeña Mary pueda asistir a clases"; Greenhouse, Linda, "Sex Harassment in Class Is Ruled Schools' Liability", N. Y. Times, May 25, 1999, at A1.

94 Véase Tversky, Amos y Kahneman Daniel, "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", 211 Science 453 (1981).

("El marco que adopta quien toma una decisión es parcialmente controlado por la formulación del problema y las normas, hábitos y características personales de la persona (...). Un cambio en la perspectiva a menudo revierte el aparente tamaño de objetos y el relativo deseo de una opción").

mismo conflicto legal. Sin embargo existen ciertas áreas del derecho como la ambiental o civil, en que las experiencias de vida y marcos de referencia relacionados son aparentemente más influyentes. Con ello experiencias trascendentales de vida que son positivas o negativas en su relación con el respeto a los recursos naturales, puede crear marcos análogos de referencia que a su vez resulta en que los jueces —y Magistrados— organicen la problemática legal en su mente de forma que resalte la dimensión ambiental⁹⁵.

¿Cuáles son entonces, las posibles lecciones sobre el futuro del derecho ambiental en la Corte Suprema? Podrían ser en primer lugar, el asegurar la designación de Magistrados a la Corte Suprema cuyas experiencias de vida, personales y profesionales, les hayan permitido tener una apreciación más amplia sobre la importancia y dificultad de los problemas que el derecho ambiental busca abordar⁹⁶. Tales oportunidades podrían ser promovidas para los actuales miembros de la Corte.

95 Aquí estoy en especial deuda con el profesor Chris Schroeder, cuyos comentarios en un borrador inicial me ayudaron considerablemente en como pensar acerca de este aspecto del proceso de la decisión judicial.

96 La aparente democratización del proceso de nominación y confirmación de Magistrados a la Corte Suprema ha tornado dichas consideraciones en tópicos de escrutinio público en relación a las nominaciones. Véase Silverstein, Mark, *op. cit.*, pp. 302. Las preocupaciones de ambientalistas formaban parte de la letanía presentada durante la sesiones de confirmación en el Senado del Juez Bork. Véase *idem*, pp. 72. Durante las sesiones de Bork, por ejemplo, el consejo general de la Sociedad Audubon se vio compelida a escribir a los miembros del Comité Judicial del Senado para ilustrar como la interpretación de Bork sobre las reglas de legitimación procesal podrían seriamente restringir la habilidad de grupos ciudadanos de demandar en las cortes federales “el debilitar la capacidad de la nación de cuestionar la regulación” o el requerir del gobierno que “emita regulaciones que protejan la visibilidad de nuestros parques nacionales para proteger recursos únicos y en peligro como el lago Mono, los campos de la costa de Alaska, o las grullas del centro de Nebraska” Tal vez de forma irónica, los subsecuentes escritos del juez Bork sugieren que él hubiese sido un fuerte aliado de la comunidad de protección ambiental en al menos un área —la llamada disputa de competencia regulatoria— la cual es el núcleo legal que divide a quienes regulan el medio ambiente y los abogados de la propiedad privada. El juez Bork ha denunciado de manera específica la más extrema construcción de la Quinta Enmienda referente a la Cláusula de Justa Compensación presentada por abogados a favor del derecho de la propiedad privada como “no estar plausiblemente relacionada con el entendimiento original de la cláusula sobre el debido proceso”. Véase Bork H., Robert, “The Tempting of America: The Political seduction of the Law”, 230 (1990). A tal punto que el derecho ambiental moderno se ha visto dependiente de la visión de un gobierno activista que regula las actividades privadas. Uno se vería forzado a reconocer que las preocupaciones de la comunidad de ambientalistas sobre el juez Bork estaban completamente equivocadas. Pero en retrospectiva lo que sí se revela es que la comunidad de ambientalistas estaban en lo correcto en cuanto a sus preocupaciones al estar estas relacionadas con el puesto vacante para el cual Bork fue

Esta última posibilidad podría parecer escandalosamente impropia. Indudablemente cualquier viaje “en busca de hechos”, estarían diseñadas para influenciar a los Magistrados en su percepción de los hechos en casos ya presentados —o que en un futuro serán presentados— ante la Corte. Pero parece mucho menos obvio aquellos viajes instructivos a zonas rurales planificadas en conjunción con conferencias judiciales y que estaban dirigidas a educar a los jueces —incluyendo a los Magistrados— acerca de la importancia de los asuntos tratados en disputas ambientales⁹⁷. A pesar de ser estrambóticamente inconventional una propuesta de este tipo para promover la reforma de leyes en la Corte Suprema, puede así mismo ser la mejor y más sensata manera de cambiar las percepciones y actitudes dentro de la Corte. Más allá de promover estas actividades judiciales extracurriculares, el restaurar lo que es ambiental acerca del derecho ambiental seguramente requerirá una abogacía más efectiva ante la Corte. Cualquier abogacía de esta naturaleza deberá ser presentada con los conflictos legales individuales de cada caso que ha sido puesto a la atención de la Corte.

Cada uno de estos casos presenta a los Magistrados una historia acerca de la forma en que la ley afecta la calidad de vida y es a su vez una oportunidad de adentrarse en el pasado de cada Magistrado al contar éste su historia. El efecto acumulativo de múltiples historias, puede a lo largo del tiempo afectar de manera significativa la forma en que los Magistrados deciden qué casos deben ser oídos y cómo pronunciarse en los conflictos legales presentados.

nominado, debido a que el magistrado Kennedy accedió a esa posición en la Corte y es al día de hoy el voto más fuerte dentro de los litigios ambientales. Véase *Oklahoma v. New Mexico*, 501 U.S. pp. 221, 242 (1991) (Kennedy, J., concuerda y disiente en la opinión de Rehnquist, presidente de la Corte). Por otro lado, uno se pregunta acerca de la sabiduría a largo plazo de los ambientalistas al oponerse a la posible selección del secretario del Interior Bruce Babbitt por el presidente Clinton como su primer nominado a la Corte Suprema, debido a la preocupación de conservacionistas de perderlo en dicha Secretaría. Véase Silverstein, Mark, *op. cit.*, p. 170; Friedman L., Thomas, “The 11th-Hour Scramble: After Hoping for a ‘Home Run’ in Choosing a Justice, Clinton May Be Just Home Free”, *N. Y. Times*, June 15, 1993, at A1.

- 97 Oficiales de las ramas legislativas y ejecutivas, que abiertamente admitieron tener responsabilidades y obligaciones éticas diferentes al momento de hacer leyes con relación a las que tienen los jueces, rutinariamente participan en viajes específicos para casos en busca de hechos. A pesar de que muchos de estos viajes son extraños modelos para una democracia participativa, los llamados a los oficiales en esperanza de tener su futuro apoyo, pueden sugerir que estos viajes legítimamente proveen a quienes toman decisiones una apreciación ampliada sobre los intereses en juego al momento de tomar su decisión, y es por esa razón que se promueven decisiones más sensatas.

El movimiento a favor de los derechos de propiedad privada ha utilizado esta técnica con enorme éxito, en detrimento de las preocupaciones sobre protección ambiental⁹⁸. Trayendo a conocimiento de los Magistrados durante las pasadas décadas una serie de casos, en los cuales la argumentación de los hechos aparentemente apoya los reclamos de quienes abogan por los derechos a la propiedad privada, entendiendo que la regulación ambiental se ha extendido más allá de lo permitido⁹⁹, limitando a los discapacitados, impidiendo a viudas ciegas construirse casas de ensueño¹⁰⁰ y a planificadores urbanos quienes en varias ocasiones han roto sus promesas a contratistas en un esfuerzo por detener el desarrollo, para de esa forma proteger una mariposa que no ha sido vista en más de una década¹⁰¹; estos abogados han logrado engendrar un escepticismo judicial generalizado sobre lo razonable que son estas leyes ambientales.

98 Irónicamente también son los miembros del movimiento a favor de los derechos a la propiedad privada, no los ambientalistas, quienes recientemente han sido acusados de literalmente llevar a jueces en caminatas para persuadirlos a ser más escépticos sobre las leyes de protección ambiental. Su aparente método de influencia sobre los miembros de la judicatura federal son programas de educación para jueces en centros vacacionales en el lejano oeste. Véase Douglas T., Kendall & Charles P. Lord, "The Takings Project: A Critical Analysis and Assessment of the Progress So Far", 25 B.C. ENVTL. AFF. L. REV., pp. 509, 511, 1998. Los jueces más activistas en el circuito federal y las Cortes Federales de Reclamos —las cortes federales con exclusiva jurisdicción sobre la mayoría de casos de expropiación contra el gobierno federal— han asistido recientemente al mismo tipo de viajes "todo incluido" de una semana durante el verano a seminarios en complejos de Montana subvencionados por los grupos de protección a los derechos de propiedad privada. Finalmente, descubrimos que la misma fundación conservadora que subvencionó los seminarios en Montana también ha financiado los casos de expropiación ante el Distrito Federal.

99 *Lucas v. South*, Carolina Coastal Council, 505 U.S. pp. 1003, 1014-1032 (1992).

100 *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*, 520 U.S. 725, 729-733 (1997); Lazarus, Richard J., "Litigating Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency in the United States Supreme Court", 12 J. LAND USE & ENVTL. L. 179, 184-186 (1997).

101 Véase *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.*, 119 S. Ct. 1624, 1631 (1999).

(La mariposa vive por una semana, viaja alrededor de unos 200 pies y debe aterrizar en una planta de trigo que esté maduro para sobrevivir. La búsqueda por esta mariposa de 1981 a 1985 solo dieron como resultado una larva, descubierta en 1984.) Debe señalarse que el caso en *City of Monterey* a diferencia de otros casos sobre expropiación fue en realidad llevado ante la Corte Suprema por la ciudad de Monterey y por los contratistas. La ciudad llenó la solicitud de que se remita el caso a la Corte Suprema para revisar posibles errores procesales que le fue concedida. *Ídem*, p. 1635. La opinión de la Corte sobre los méritos, en perjuicio a la ciudad en varios aspectos, exhibe una hostilidad palpable hacia la ciudad basándose en la percepción de la Corte sobre la injusta forma en que la ciudad manejó la solicitud del constructor. El caso por ello señala los peligros de presentar ante la Corte "hechos malos" para la posición legal de uno.

Los Magistrados constantemente han respondido a estas historias otorgando revisión, aun cuando ha habido ausencia de conflictos de competencia o cualquier otro indicio que legitime la revisión ante la Corte Suprema¹⁰². Incluso al resultar evidente, tras una revisión más detenida, que las desigualdades reales son más pequeñas de lo que aparentan; por ello los Magistrados han luchado por mantener una mayoría a favor del dueño de la propiedad, a pesar de dictar sentencias menos extensas de las que hubiesen deseado quienes abogan por la propiedad privada. El escepticismo de los Magistrados, sin embargo, hacia leyes de protección ambiental y su visión general de que ello es un área del derecho que exige ciertos moldeamientos constitucionales permanece intacta.

Por supuesto, es ese mismo escepticismo judicial el cual debe ser superado por ambientalistas y sus reguladores. Requerirá un esfuerzo concentrado mediante el manejo y selección de casos, para atraer la atención de los Magistrados a aquellos procesos que instruirán a la Corte, sobre la importancia de las políticas y valores salvaguardados por la legislación de protección ambiental y conservación de recursos naturales. El lograrlo requerirá al menos un grado mínimo de disciplina, la cual es necesaria para evitar lesiones autoprovocadas por ambientalistas que insisten en que la Corte revise “su caso”, sin sobrepesar la pobre presentación del mismo, que de no ser así, sería un argumento legal sensato¹⁰³. Solo un esfuerzo persistente y estratégico permitirá sobreponerse al mensaje contradictorio comunicado a los Magistrados a lo largo de las últimas dos décadas.

Un posible ejemplo a seguir, pueden ser las clínicas jurídicas estatales y locales, que han tenido una función análoga para gobiernos locales y estatales por más de quince años. El centro contando con el apoyo de organizaciones

102 Lazarus, Richard J., “Putting the Correct “Spin” on Lucas”, 45 STAN. L. REV. 1411, 1421- 22 (1993).

103 Una autoflagelación de este tipo parece ser exactamente lo que ocurrió en la litigación de *City of Monterey* ante la Corte. *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.*, 119 S. Ct. 1624, 1631 (1999). Lastimosamente las declaraciones del magistrado Kennedy sobre los hechos en su opinión mayoritaria de la Corte sugiere que el litigio ha creado aún más distancia entre el movimiento ambientalista y el juez más importante para el derecho ambiental ante la Corte. Una autoflagelación aún mayor, sin embargo, puede ser la aparente exitosa oposición de ambientalistas hacia la nominación del presidente Clinton del secretario del Interior Bruce Babbitt a la Corte Suprema, el supuesto primer nominado del presidente, al no querer perderlo en dicha Secretaría.

gubernamentales —estatales y locales—¹⁰⁴, fue creado en respuesta a la gran preocupación que se expresó, incluso por miembros de la Corte, con relación a la pobre calidad de la abogacía ante la Corte cuando se representaban los intereses de gobiernos estatales y locales¹⁰⁵.

El Centro asiste a abogados estatales y locales en la preparación de papeles y la argumentación oral que será expuesta ante la Corte. Pero tal vez más importante es la presentación sistemática de litigios ante la Corte, seleccionando aquellos que representan problemas legales o implican intereses de los gobiernos seccionales. La casuística es presentada por abogados del centro y consultores externos especializados en abogacía ante la Corte Suprema, quienes a su vez prestan sus servicios de forma gratuita. Aquellos casos presentados expresan una visión académica, coherente y consistente con la relación entre el Estado y el gobierno federal. Normalmente prefiriendo una visión estratégica focalizada en el largo plazo, y que se entiende como la mejor manera de influenciar el proceso de decisión de la Corte, siendo a menudo necesario seguir una serie de pasos en lugar de esperar un solo momento paradigmático. Como resultado se ha logrado una mejor y más efectiva presentación ante la Corte, que en consecuencia ha generado sus frutos judiciales¹⁰⁶. Ese es justamente el tipo de esfuerzo requerido a favor de la protección ambiental que ha estado faltando ante la Corte¹⁰⁷.

104 Organizaciones que lo apoyan incluyen la Conferencia de Alcaldes de los estados Unidos, la Liga Nacional de Ciudades, los Consejos de Gobiernos Estatales, la Asociación Nacional de Condados, la Asociación Internacional de Abogados Municipales, la Conferencia Nacional de Legisladores Estatales y la Asociación Nacional de Gobernadores.

105 "Helping Hand", *Legal Times*, Oct. 17, 1983, at 6; Velvel R. Lawrence, "Better Mousetrap Could Convince High Court", *Legal Times*, May 30, 1983, at 10.

106 *Alden v. Maine*, 119 S. Ct. 2240 (1999); *College Say. Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd.*, 119 S. Ct. 2219 (1999); *Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. College Say. Bank*, 119 S. Ct. 2199 (1999).

107 El dictamen de la Corte en *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Envtl. Servs. (TOC), Inc.*, No. 98-822, 2000 U.S. LEXIS 501 (U.S. Jan. 12, 2000), justo cuando este artículo iba a impresión, subraya las ventajas de un litigio estratégico. Después de un largo debate y consultas dentro de la comunidad de interés ambiental, las organizaciones ambientales que habían perdido su legitimación en *Florida Audubon Society v. Bentsen*, 94 F.3d 658 (D.C. Cir. 1996) y *Public Interest Research Group v. Magnesium Elektron, Inc.*, 123 F.3d 111 (3d Cir. 1997) accedieron a no pedir la revisión de sus casos, debido a que las preocupaciones en esos casos no presentaban los argumentos de dichas organizaciones en términos lo suficientemente persuasivos para revisión de la Corte Suprema. Un debate similar precedió la decisión de perseguir la revisión de la Corte en *Friends of the Earth*,

III. Bibliografía

- A. Latin, Howard, “The ‘Significance’ of Toxic Health Risks: An Essay on Legal Decisionmaking Under Uncertainty”, 10 *Ecology Law Quarterly*, 339, 1982.
- Anderson, Frederick R., *Environmental Protection: Law and Policy*, Third edition, 1999.
- Brennan, Troyen A., “Environmental Torts”, 46 *Vanderbilt Law Review*, 1993.
- Brown Weiss, Edith *et al.*, “International Environmental Law and Policy”, 1998.
- , “In Fairness To Future Generations”, 1989.
- , “The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity”, *Ecology L. Q.* 495, 1984.
- Echeverria, John D. & Jon T. Zeidler, “Barely Standing: The Erosion of Citizenize “Standing” to sue to Enforce Federal Environmental Law” *Georgetown University Law, Ctr. Env'tl., Policy Project* 1999.
- Elgart Mirsky, Arlene, “The Interface Between Bankruptcy and Environmental Laws”, 22 *Chemical Waste Litig. Rep.* 311, 1991.
- Farber A., Daniel, “Environmental Protection as a Learning Experience”, 27 *Loy. L.A. L. Rev.*, 1994.
- , “Equitable Discretion, Legal Duties, and Environmental Injunctions”, 45 *University of Pittsburgh Law Review*, 513, 1984.

en el cual se tenía como ventaja tanto los hechos —evidencias en cortes inferiores que habían encontrado cientos de excedencias en los niveles de mercurio emitido— y la participación de un abogado con experiencia ante la Corte Suprema —Bruce Terris— representando los intereses del legitimado ambientalista. El consejo de los demandantes consultó con miembros de la comunidad legal ambientalista, académicos legales, y abogados con experiencia preparando casos de revisión argumentación oral y preparación de documentos ante la Corte Suprema. Los escritos fueron, así mismo, cuidadosamente coordinados e incluían al menos en una parte escritos que se oponían directamente a las opiniones presentadas por el magistrado Scalia ante la Corte que eran de gran preocupación para los demandantes ambientales. Véase Amicus Brief de Americans for the Environment, pp. 3-10, *Friends of the Earth* (No. 98-822). La estrategia del litigio incluía esfuerzos simultáneos de contar la historia de demandas de ciudadanos a las noticias para incrementar aún más las proyecciones de ganar ante la Corte, lo cual resultó en una noticia de primera plana en el *New York Times*. Véase Glaberson William, “Novel Antipollution Tool Is Being Upset by Courts”, *N. Y. Times*, June 5, 1999, en *Al*.

- Foster, Sheila, "Justice from the Ground Up: Distributive Inequities, Grassroots Resistance, and the Transformative Politics of the Environmental Justice Movement", 86 *Columbia Law Review*. 775, 1998.
- Frug E., Gerald, "Why Neutrality?," 92 *YALE L.J.*, pp. 1591, 1600, 1983.
- Gauna Eileen, "The Environmental Justice Misfit: Public Participation and the Paradigm Paradox", 17 *Stanford Environmental Law Journal* 3, 25, 1998.
- Glaberson William, "Novel Antipollution Tool Is Being Upset by Courts", *N. Y. Times*, June 5, 1999.
- Greenhouse, Linda, "From the High Court, a Voice Quite Distinctly a Woman's", *N. Y. Times*, May 26, 1999.
- Greenhouse, Linda, "Sex Harassment in Class Is Ruled Schools' Liability", *N. Y. Times*, May 25, 1999.
- Heinzerling, Lisa, "Discounting Our Future", 34 *Land & Water L. Rev.* 39, 1999.
- , "Environmental Law and the Present Future", 87 *GEO, L. J.* 1999.
- , "The Commercial Constitution", *Sup. CT. Rev.*, 1995.
- Higginbotham A., Leon Jr., "Justice Clarence Thomas in Retrospect", 45 *Hastings L. J.* 1405, 1418 (1994).
- J. Donohue John, "Why We Should Discount the Views of Those Who Discount Discounting", 108 *Yale Law Journal*, 1999.
- Lazarus, Richard J., "Debunking Environmental Feudalism: Promoting the Individual Through the Collective Pursuit of Environmental Quality", 77 *IOWA L. REV.*, pp. 1739, 1773 (1992).
- , "Pursuing 'Environmental Justice': The Distributional Effects of Environmental Protection", 87 *Nw. U. L. Rev.* 787, 1993.
- , "Putting the Correct 'Spin' on Lucas, 45 *Stanfor Law Reviw*, 1993.
- Markell L., David, "States as Innovators: It's Time for a New Look to Our 'Laboratories of Democracy' in the Effort to Improve Our Approach to Environmental Regulation, 58 *ALB. L. REV.*, pp. 347, 355-59 (1994).
- Marvin S., Sorbos, "The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons", 1997.
- Oswald J., Lynda, "Bifurcation of the Owner and Operator Analysis Under CERCLA: Finding Order in the Chaos of Pervasive Control", 72 *WASH. U. L.Q.*, pp. 223, 225-26, 1994.

- P. DeMoss, Douglas, "The Bankruptcy Code and Hazardous Waste Cleanup: An Examination of the Policy Conflict", 27 William and Mary Law Review, 165, 1985.
- Pierce, Richard J. Jr., "Causation in Government Regulation and Toxic Torts", 76 WASH. U. L.Q., 1998.
- Plater, Zygmunt J. B., "Statutory Violations and Equitable Discretion", 70 Columbia Law Review, 524, 1982.
- S. Abraham, Kenneth, "Environmental Liability and the Limits of Insurance", 88 Columbia Law Review, 942, 1988.
- Selmi P., Daniel, "Experimentation and the "New" Environmental Law", 27 Loy. L.A. L. Rev., 1994.
- Silverstein, Marck, "Judicious Choices: The New Politics of Supreme Court Confirmations", 1994.
- Stone D., Christopher, "Should Trees Have Standing?-Toward Legal Rights for Natural Objects", 45 S. Cal. L. Rev., pp. 450, 456-457 (1972).
- Thomas, W. Merrill, "Golden Rules for Transboundary Pollution", 46 Duke, L. J. 1997.
- Tversky, Amos y Kahneman Daniel, "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", 211 Science 453 (1981).
- Wallace, Perry E., "Disclosure of Environmental Liabilities Under the Securities Laws: The Potential of Securities-Market-Based Incentives for Pollution Control", 50 Wash. & Lee L. Rev. 1093, 1993; Williams, Cynthia A., "The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency", 112 Harvard Law Review, 1197, 1999.